Über den Einfluß der Verfolgungsübernahme durch die Staatsanwaltschaft auf das Privatklageverfahren (§ 417 Abs. 2 der Strafprozeßordnung).

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Franz Herzog

Referendar in Cassel.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Referent: Professor Dr. **Wachenfeld.**

Meinem lieben Schwager

Rudolf Benz

zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Handbücher, Lehrbücher, Kommentare.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 1900.

Binding, Grundriß des Strafprozeßrechts. 5. Aufl. 1904.

Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.

v. Bomhard-Koller, Kommentar zur Strafprozeßordnung. 1879.

Dalcke, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1908.

Daude, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1904.

Dochow, Der Reichsstrafprozeß. 3. Aufl. 1880.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1908.

Geyer, Lehrbuch des deutschen Strafprozesses. 1881.

Glaser, Handbuch des deutschen Strafprozesses. Bd. 2. 1885.

Hauck, Gerichtsverfassungsgesetz nebst Einführungsgesetz, erläutert. 1877 bis 1879.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozesses. Bd. 2. 1879.

Isenbart-Sauter, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungsgesetzen. 1893.

John, Strafprozeßordnung. 1884—1891.

Keller, Die Strafprozeßordnung. 1880.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.

Löwe-Hellweg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. Aufl. 1907.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. 1908.

Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. 2. Aufl. 1905.

Mamroth, Die Strafprozeßordnung. 1900.

Meves, Das Strafverfahren nach der deutschen Strafprozeßordnung. 1879.

Olshausen, Strafgesetzbuch. Bd. 1. 7. Aufl. 1905.

Rosenfeld, Reichsstrafprozeßrecht. 1905.
Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1881.
Rintelen, Der Strafprozeß. 1891.
Rüdorff-Appelius, Das Strafgesetzbuch. 20. Aufl. 1900.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung. 1898.
Thilo, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1879.
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.
Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprozesses. 1868.

II. Monographien, Dissertationen usw.

Beinert, Die Ausdehnung der Privatklage. Dissert. Halle 1906.
Binding, Die Wirkung des Eintritts der Staatsanwaltschaft in das Privatklageverfahren. Dekanatsprogramm. Leipzig 1908. (zit.: Binding, Progr.)
Breith, Die Widerklage nach § 428 StPO. 1908.
Freudenstein, Das System des Rechts der Ehrenkränkungen. 1880.
Friedrich, Die Befugnis zur Erhebung der Privatklage und Widerklage. 1904.
Jonas, Die Widerklage im Strafprozeß. Dissert. Göttingen 1893.
Kade, Die Privatklage in den Strafprozeßordnungen der Jetztzeit. 1900.
Kohlrausch, Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz. Dissert. Greifswald 1899.
Menzel, Die Privatklage. Erlangen 1880.
Oppenheim, Die Nebenklage. 1900.
Rosenfeld, Die Nebenklage. 1900. (zit: Rosenfeld, Nebenklage.)
Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger. 1891.
v. Schwarze, Erörterungen wichtiger Materien usw. 1880/81.
Voitus, Kontroversen betr. die Strafprozeßordnung usw. Bd. 2. 1881.
Wolffing, Die rechtliche Stellung des Nebenklägers im deutschen Strafverfahren. 1900.

III. Entscheidungen, Zeitschriften, Sammlungen, Materialien.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, bes. Bd. 10, 29, 36.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Johow u. **Ring** (Küntzell), Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. B. Strafrecht und Strafprozeß. 1907/08.
Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts Dresden. Bd. 2.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (v. Liszt u. Lilienthal).
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft (Budde u. a.). Bd. 5.
Das Recht (Soergel).
Der Gerichtssaal (Stenglein u. a.), bes. Bd. 71 u. 72.
Göttingische Gelehrte Anzeigen. 1898.
Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt (Brückner) Bd. 16 neue Folge.
Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Dalcke u. a.), bes. Bd. 49, 52.
Deutsche Juristenzeitung, bes. 1907.
Nationalzeitung v. 4. 11. 1907.
Der „Tag" v. 5. 11. 1907 A. 563.
Frankfurter Zeitung v. 14. 12. 1907, 4. Morgenblatt. (Zit.: Elsas.)
Hamburgischer Korrespondent 1907 Nr. 581, 588, 591, 597.
Juristenwelt, rechts- und staatswissenschaftliche Wochenschrift (Posener).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (v. d. Pfordten).
Juristische Wochenschrift (Neumann).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Staudinger).
Hahn, Die gesamten Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung.
Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, herausgegeben vom Reichsjustizamt 1905.

Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung. Amtliche Ausgabe. 1908.

Justizministerialblatt (JustizminBl.).

Abkürzungen.

StPO. = Strafprozeßordnung.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.
StGB. = Strafgesetzbuch.
Abs. = Absatz.
Ziff. = Ziffer.
OLG. = Ober- oder Oberstes Landesgericht.
GS. = Gerichtssaal.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
JurW. = Juristische Wochenschrift.
v. H. H. = v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozesses Bd. 2.
KG. = Kammergericht.

§ 1.

Einleitung.

§ 417 Abs. 2 StPO. lautet:

> „Die Staatsanwaltschaft kann in jeder Lage der Sache bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils durch eine ausdrückliche Erklärung die Verfolgung übernehmen. In der Einlegung eines Rechtsmittels ist die Übernahme der Verfolgung enthalten."

Der Paragraph spricht danach zuerst davon, daß „die Staatsanwaltschaft" die Verfolgung übernehmen könne. Es gibt aber nun eine Staatsanwaltschaft am Amtsgericht, sowie eine solche am Land- und Oberlandesgericht. Welche ist nun zuständig für Abgabe der Übernahmeerklärung?

Ziehen wir zuerst die „Lage der Sache" in erster Instanz in Betracht, also wenn das Privatklageverfahren am Schöffengericht schwebt. Hat hier der Amtsanwalt oder die Staatsanwaltschaft des übergeordneten Landgerichts die Erklärung abzugeben? Es wird zu unterscheiden sein, ob die Privatklage eine Beleidigung oder eine Körperverletzung betrifft.

Für die Aburteilung von Beleidigungen ist im Falle der Verfolgung durch die öffentliche Klagebehörde die Straf-

kammer, für die der auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzungen das Schöffengericht zuständig (§§ 73 Ziff. 1, 27 Ziff. 3a GVG.). Da bei der Strafkammer aber nur die Staatsanwaltschaft beim Landgericht die Verfolgung durchführen kann, so wird auch sie nur die Verfolgung der zuerst im Privatklagewege vor das Schöffengericht gebrachten Beleidigungen übernehmen können;[1]) bei Körperverletzungen kommt dies danach der Staatsanwaltschaft beim Amtsgericht, d. h. dem Amtsanwalt zu (§ 143 GVG.). Dabei ist nicht außer acht zu lassen, daß nach § 146 Abs. 1 GVG. die Amtsverrichtungen des Amtsanwalts auch von der Staatsanwaltschaft des Landgerichts vorgenommen werden können. Daraus folgt, daß auch diese die Übernahme der Verfolgung bei Körperverletzungen erklären *kann*; *prinzipiell* ist aber der Amtsanwalt zuständig. (Ähnlich *Glaser* Bd. 2 S. 211 Anm. 10; a. A. *Binding*, GS. Bd. 72 S. 10, der aus den Worten „in jeder Lage der Sache" schließt, daß in erster Instanz nur der Amtsanwalt die Verfolgung übernehmen könne; ferner *Vollert*,[2]) der ohne Angabe von Gründen stets nur die Staatsanwaltschaft des Landgerichts für zuständig hält.) Bei Übernahme der Verfolgung in höherer Instanz stimme ich *Binding* (a. a. O.) darin bei, daß in dieser Lage jedesmal die bei dem Rechtsmittelgericht zuständige

[1]) Dies ist selbstverständlich, auch bei Körperverletzungen, wenn die Privatklage bei dem Landgericht per connecitatem anhängig ist. (Vgl. *Binding*, Progr. S. 10.)

[2]) Bl. f. Rechtspfl. in Thür. Bd. 36 S. 18.

Staatsanwaltschaft die Erklärung abgeben kann. (Anscheinend ebenso Löwe Note 1 zu § 417.) —

Die Erklärung kann erfolgen „in jeder Lage der Sache bis zur Rechtskraft des Urteils". Sie ist also ausgeschlossen, wenn das Urteil in der „Sache", d. h. dem durch die Annahme der Privatklage begründeten Prozesse nicht mehr durch Rechtsmittel anfechtbar ist. Die Rechtskraft hat eben den Verbrauch des Klagerechts gegenüber sämtlichen berechtigten Personen zur Folge. (Vgl. Hamm im Recht 1899 S. 25 Nr. 7.)

Daraus erfolgt erstlich, daß bei der Übernahme der Verfolgung nach Erlaß des Urteils, aber vor Einlegung eines Rechtsmittels durch eine der Parteien des Privatklageverfahrens die Staatsanwaltschaft die Übernahme der Verfolgung durch Einlegung des Rechtsmittels nur innerhalb der Rechtsmittelfrist erklären kann.

Wie diese für die Staatsanwaltschaft zu berechnen ist, sei hier eingeschoben:

Einfach liegt der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft der Verkündung des Urteils beigewohnt hat. Dann beginnt für sie die Frist eben mit der Verkündung zu laufen.

Hat sie aber der Verkündung nicht beigewohnt, so fehlt für die Berechnung eigentlich jeder Anhalt, denn die Entscheidung in Privatklagesachen wird der Staatsanwaltschaft nicht bekanntgegeben. Hier wird man sie m. E. so lange zur Einlegung des Rechtsmittels für befugt zu erachten haben, als dem Privatkläger das Anfechtungs-

recht zusteht (ebenso Löwe Note 3c zu § 417; Stenglein Note 4 zu § 417 und Goltdammer Bd. 38 S. 369; a. A. Bennecke-Beling S. 635), denn nach dem Ablaufe der Anfechtungsfrist für den Privatkläger ist eben das Urteil rechtskräftig geworden und eine Übernahme der Verfolgung nach dem Wortlaute des § 417 ausgeschlossen.

Ferner ergibt sich aber noch folgendes:

Zwar kann m. E. nach Rechtskraft des Urteils die Staatsanwaltschaft bei Vorliegen des öffentlichen Interesses die Wiederaufnahme des Verfahrens betreiben.[3]) Darin liegt aber m. E. nicht die Übernahme der Verfolgung. Denn die Wiederaufnahme des Verfahrens ist kein Rechtsmittel im Sinne der Strafprozeßordnung, und ferner bleibt die Beendigung des Privatklageverfahrens durch das rechtskräftige Urteil bestehen, und nur ein nicht beendigtes Verfahren kann die Staatsanwaltschaft übernehmen; das Privatklageverfahren lebt nicht etwa wieder auf; das Wiederaufnahmeverfahren ist ein gänzlich neues, von der Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse betriebenes Verfahren (vgl. Bennecke-Beling S. 607). „Der Inhalt der früheren Hauptverhandlung ist für das Gericht nicht vorhanden" (RG. Bd. 2 S. 323). Daher ist in diesem Falle auch Abs. 3 nicht anwendbar; dem früheren Privatkläger steht nur das Recht des Anschlusses gemäß §§ 435 ff. StPO. zu. Für eine analoge Anwendung des Abs. 3, wie Wolffing sie will, liegt kein Grund vor.

---

[3]) Ebenso Wolffing S. 19.

Außer bei Rechtskraft des Urteils ist die Übernahme der Verfolgung nach allgemeinen Erwägungen noch bei sonstiger Beendigung des Privatklageverfahrens ausgeschlossen. Denn, wie erwähnt, setzt die Übernahme ein noch nicht beendigtes Verfahren voraus. (Vgl. Goehrs, GS. Bd. 56 S. 288; Menzel S. 45; RG. Bd. 16 S. 421 ff.; Löwe Note 4 zu § 417.)

Es sind dies die Fälle der §§ 431 u. 433 StPO. Denn die Zurücknahme hat, da sie ein dem Gericht erklärter Verzicht auf das Privatklagerecht ist (vgl. Menzel S. 51), die Einstellung, also die Beendigung des Verfahrens zur Folge und ebenso der Tod des Privatklägers (§ 433 StPO.),[4] wobei der Fall des § 433 Abs. 2 StPO. auszuscheiden hat, in dem die Staatsanwaltschaft bei

---

[4]) Dies letztere Resultat ist ein wenig erfreuliches. Denn da Einstellung zu erfolgen hat, werden die Kosten von den Erben zu tragen sein, während der vielleicht schuldige Angeklagte straffrei ausgeht und auch noch Ersatz seiner baren Auslagen fordern kann (§ 503 StPO.). Dies erkennt auch der Entwurf einer neuen StPO. an und gibt in § 398 den Erben für alle Fälle die Möglichkeit der Fortsetzung und der Staatsanwaltschaft das Recht der Übernahme der Verfolgung. Höchstens könnte nach dem Tode des Privatklägers die Staatsanwaltschaft eine neue öffentliche Klage erheben. Denn der in der Privatklage liegende Strafantrag bleibt bestehen. Dasselbe gilt für die Fälle der Zurücknahme der Privatklage in Fällen, in denen der Antrag nicht zurückgenommen werden kann. Dagegen ist bei Zurücknahmemöglichkeit die Erhebung einer neuen Klage mangels einer Voraussetzung ausgeschlossen, es sei denn, daß der Privatkläger ausdrücklich erklärt, den in der Privatklage liegenden Strafantrag nicht zurücknehmen zu wollen.

Fortsetzung des Verfahrens durch die Erben selbstverständlich stets die Verfolgung übernehmen kann. —

Über die Form der Übernahmeerklärung ist in § 417 nichts bestimmt. Sie muß nur eine ausdrückliche sein, d. h. schriftlich oder mündlich dem mit der Sache befaßten Gerichte gegenüber erfolgen.

Selbstverständlich liegt auch in der Erhebung der öffentlichen Klage nach Bekanntmachung der Privatklage gemäß § 422 StPO. eine Übernahme der Verfolgung, denn die öffentliche Klage ist doch ihre Verwirklichung. (Ebenso Kade S. 18; Jonas S. 37. Dagegen meint Vollert a. a. O., daß die Übernahme vor Eröffnung des Hauptverfahrens stets nur in Form einer neuen Klage erfolgen könne. Vgl. dazu unten § 4 der Abhandlung.)

Vielleicht könnte man daraus, daß auch in der Einlegung eines Rechtsmittels die Übernahme der Verfolgung enthalten sei, den Schluß ziehen, daß die Verfolgungsübernahme nach Erlaß des Urteils, aber vor Einlegung des Rechtsmittels nur in deren Formen erklärt werden könne. Aber ich glaube, auch wenn die Staatsanwaltschaft im obigen Fall lediglich erklärt, sie übernehme die Verfolgung, so wird man darin doch eine gültige Übernahmeerklärung, zugleich aber auch die Einlegung des Rechtsmittels als der einzigen zulässigen Art der Übernahme zu erblicken haben. Ebenso wenn die Staatsanwaltschaft etwa statt der Erklärung eine öffentliche Klage erheben würde. Würde man dies nicht annehmen,

dann könnte inzwischen das im Privatklageverfahren ergangene Urteil rechtskräftig werden, und es läge eine res judicata vor, die jede weitere Verfolgung ausschlösse. (Vgl. Binding, Progr. S. 27; Oetker im GS. Bd. 71 S. 304; v. Kujawa in Goltdammer Bd. 49 S. 20; a. A. Grohmann in Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 5 S. 234.) —

Wenn das Gesetz von der „Einlegung eines Rechtsmittels" spricht, so kann dabei m. E. nur an Rechtsmittel gegen das Urteil gedacht sein. Denn der Staatsanwalt will durch die Übernahme erreichen, daß er aus seiner latenten Parteistellung heraus- und von jetzt ab offen als Partei hervortritt. Er wird aber zur Partei nur durch klaganeignende oder klagende Erhebung des staatlichen Strafanspruchs. Eine Übernahme der Verfolgung kann demnach nur in der Einlegung eines solchen Rechtsmittels liegen, das Klaganeignung enthält. Dies ist aber nur bei Berufung und Revision der Fall, die die Staatsanwaltschaft als Partei nicht nach Art des Nebenklägers einlegt (§ 441 StPO.), nicht bei der Beschwerde. Bei Einlegung der letzteren spricht lediglich das Mitwirkungsinteresse gemäß § 417 Abs. 1 StPO. mit. (Ebenso Oetker a. a. O. S. 300; a. A. v. Kujawa S. 20; Grohmann S. 237 und die Redaktion in Goltdammer Bd. 40 S. 332. Letztere meint, daß die Staatsanwaltschaft durch die Einlegung der Beschwerde zu erkennen gebe, daß von jetzt ab ihr nicht mehr die Genugtuung für den Privatkläger, sondern die Herstellung der verletzten öffentlichen

Rechtsordnung der Zweck des ferneren Verfahrens sei. M. E. kann man dies aber nur bei Einlegung von Rechtsmitteln gegen das Urteil sagen, die zugleich Aneignung der Klage enthalten. Dies ist nicht der Fall bei der Beschwerde, die sich lediglich gegen im Laufe des Verfahrens ergangene, die Klage oft gar nicht betreffende Beschlüsse wendet.) —

Auch über den Inhalt der Erklärung macht das Gesetz keine bestimmten Angaben.

Jedenfalls muß aus der Erklärung hervorgehen, daß die Verfolgung übernommen werden solle, wobei es gleichgültig ist, ob dies zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten geschieht.[5]) (Vgl. Löwe Note 5b zu § 417.)

Eine Erklärung in Form einer Rechtsmitteleinlegung enthält kraft Gesetzes schon die Übernahme, diese braucht also in dem Falle nicht mehr ausdrücklich hervorgehoben zu werden.[6]) —

---

[5]) Die Übernahme der Verfolgung zugunsten des Angeklagten hält Vollert (a. a. O. S. 17) für nicht sachentsprechend. Er sagt, daß in einem solchen Falle nicht die Verfolgung, sondern die Nichtverfolgung im öffentlichen Interesse liege und daß daher ein Widerspruch darin läge, die Verfolgung zu übernehmen, nur um sie zu vereiteln. Vollert irrt aber in der Auffassung des Wortes „Verfolgung". Dieses soll nicht bedeuten: Verfolgung des Angeklagten zum Zwecke seiner Bestrafung, sondern Verfolgung gleich Betrieb der Sache. (Ebenso Löwe Note 5b zu § 417.)

[6]) Eine Einlegung eines Rechtsmittels unter der ausdrücklichen Erklärung der Nichtübernahme der Verfolgung ist m. E. als ein unerlaubter Eingriff in das Dispositionsrecht des Privatklägers ausgeschlossen, denn

Der Paragraph spricht weiter von der Übernahme der „Verfolgung“. Wie erwähnt, versteht die Strafprozeßordnung unter „Verfolgung“ den Betrieb der Sache, d. h. diejenige Tätigkeit, die die Staatsanwaltschaft zwecks Bestrafung oder Freisprechung des Angeklagten zu entfalten hat; dies folgt m. E. aus § 417 sowie aus § 156 Abs. 1 u. 2 StPO. Daher ist eine Übernahme lediglich zur Regelung der Kostenfrage, die ja nichts mit der Bestrafung usw. zu tun hat, nicht zulässig. (Vgl. KG. in Johow Bd. 2 S. 203.)

Schließlich wird es sich noch fragen, ob die Staatsanwaltschaft die einmal abgegebene Übernahmeerklärung wieder zurücknehmen kann.

Ausgeschlossen ist dies, wenn die Übernahme in der Form der öffentlichen Klageerhebung erfolgt und auf diese hin die Untersuchung eröffnet ist. (§ 154 StPO.)

Analog wird man diese Bestimmung auf den Fall der Übernahme durch bloße Erklärung anzuwenden haben, denn diese enthält die Klaganeignung. Daher ist ein Rücktritt von der Übernahme nur zulässig, wenn die Erklärung vor der Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgt, und kann nur bis zu dieser erklärt werden. (Ebenso v. Kujawa a. a. O. S. 22 und Grohmann a. a. O. S. 238 ff.)

---

dieser wäre jetzt gezwungen, ein Rechtsmittel durchzuführen, das er vielleicht gar nicht einlegen wollte. (Vgl. Löwe zu § 417 Abs. 2. KG. in Johow Bd. 2 S. 203.)

Das dem Privatkläger nach § 431 StPO. zustehende Recht, auch in zweiter Instanz jederzeit die Klage zurücknehmen zu können, ist nur ein höchstpersönliches. Es kann nicht etwa daraus geschlossen werden, daß nun auch der Staatsanwalt jederzeit von der übernommenen Klage zurücktreten könne. (Ebenso Grohmann a. a. O.)

Ist die Übernahme der Verfolgung durch Einlegung eines Rechtsmittels erfolgt, so kann die Staatsanwaltschaft dies von ihr eingelegte Rechtsmittel stets zurücknehmen. Auszuschließen ist aber hier der Fall, daß das Rechtsmittel zugunsten des Angeklagten eingelegt wurde. Hier ist eine Zurücknahme nur mit Zustimmung des Angeklagten zulässig (§ 344 StPO.).

Wenn die Staatsanwaltschaft erst in der Rechtsmittelinstanz die Verfolgung übernimmt, dann kann sie das von einer Partei eingelegte Rechtsmittel nur mit deren Zustimmung zurücknehmen. Denn könnte sie es gegen deren Willen tun, so würde darin eine Schädigung der Interessen der Partei liegen. Vielleicht wäre es ja, wenn man den letzteren Fall zuließe, noch möglich, daß der Berufungskläger nochmals Berufung einlegte, aber in den meisten Fällen wird dann schon die Berufungsfrist abgelaufen sein, und der Kläger ist um sein Recht der Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz gebracht.

Die Staatsanwaltschaft darf also, wie Grohmann (S. 240) sagt, nach Übernahme der Verfolgung keinen im ordnungsmäßigen Verfahren vom Privatkläger oder -angeklagten kundgegebenen Entschluß zurückziehen.

Bei zulässig erklärtem Rücktritt geht das Klagerecht auf den Privatkläger zurück (ebenso Binding, Progr. S. 29 und Glaser S. 212), denn es dürfte nicht der Billigkeit entsprechen, daß dem Privatkläger durch die Staatsanwaltschaft das Klagerecht entrissen werden könnte (a. A. Jonas S. 37; Vollert nach Zeitschr. f. ges. Strafr. Bd. 9 S. 571).

§ 2.

Einfluß der Verfolgungsübernahme auf das Verfahren und die Stellung des Privatklägers.

I. Einfluß auf das Verfahren.

Eine Bestimmung hierüber trifft die Strafprozeßordnung nicht. Daher sind die Ansichten in dieser Beziehung verschieden.

Prinzipiell stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Nach der ersten ist das Privatklageverfahren, gleichgültig in welchem Stadium, nach Eingang der Übernahmeerklärung definitiv einzustellen, die Staatsanwaltschaft kann neue Vorermittlungen anstellen und muß dann eine gänzlich neue Klage erheben.

Die zweite Ansicht geht dahin, daß das Privatklageverfahren mit dem Augenblicke der Übernahme sich in ein öffentliches Klageverfahren umwandele und ohne Unterbrechung fortgesetzt werde.

Die erste Ansicht wird vertreten von Posener (Juristenwelt 1907 Nr. 6 S. 88 ff.); dem Reichsgericht (RG. Bd. 10 S. 237 ff., Bd. 29 S. 422 ff. und Bd. 36 S. 5 ff.); ferner von Hauck S. 54 Note 4 zu §§ 27—30; Meves S. 160; Dalcke S. 214 e; Vollert in Bl. f. Rechtspfl. in Thür. Bd. 36 S. 19; OLG. Cassel in Goltdammer Bd. 53 S. 85; Lucas Bd. 1 S. 394; Beinert S. 25; Herrmann in DJZ. 1908 Nr. 14 S. 809.[1])

Es seien zunächst die Gründe angegeben, die die Genannten für ihre Ansicht anführen.

Posener führt aus:

Der von ihm vertretene Standpunkt müsse bei unbefangener Auslegung als der dem Wortlaut entsprechende angesehen werden.

Die übernahme der Verfolgung sei ein Anwendungsfall des § 152 StPO., wonach die Staatsanwaltschaft wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten habe, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt sei.

Das Gesetz habe aber im § 417 Abs. 2 beide Möglichkeiten als denkbar angesehen, indem es exemplifikativ den Fall der Berufung besonders erwähne. Entweder die Staatsanwaltschaft übernehme pure, dann sei ihr

[1]) Im Gegensatze zu v. Kujawa (S. 12) und Binding (Progr. S. 13) nehme ich nicht an, daß Voitus und Thilo mit dieser Ansicht übereinstimmen, denn letzterer läßt S. 61 den § 270 StPO. in Anwendung kommen, der doch nicht von einer Einstellung spricht, und Voitus (S. 133) schließt sich ihm an (vgl. unten).

Einschreiten ein neues, oder sie übernehme den Fall so wie er liege, z. B. durch Einlegung der Berufung, wie das Gesetz selbst ausführe.

Diese Ansicht entspreche am ehesten der Stellung des öffentlichen Anklägers; die Privatklage sei nur Surrogat der öffentlichen Klage. Scheide sie aus, so stehe der öffentliche Ankläger, wenn er es wolle, nach § 417 in der Stellung, die er hätte, wenn er von Anfang an die Strafverfolgung durchgeführt hätte. Nur so sei es möglich, daß der Staatsanwalt seine Pflicht als öffentlicher Ankläger erfüllen könne. Ihn in die Stellung des Privatklägers herabzudrücken, hieße ihm Fesseln anlegen, von denen ihn zu befreien Gericht und Wort des Gesetzes allerorten bestrebt seien.

Das Reichsgericht führt folgendes aus:

Die Frage finde keine ausdrückliche Regelung in der Strafprozeßordnung; es handele sich hier um eine Prozeßnorm (§ 27 Abs. 3 GVG.), die die Kompetenz lediglich nach der durch die Person des Anklägers bedingten Prozeßform regele. Die Vorschriften der §§ 429 u. 270 StPO. seien nur auf eine lediglich sachliche Veränderung anwendbar. § 429 biete aber dem inneren Gedanken nach den meisten Anhalt zu analoger Anwendung.

Die Fassung des § 270 Abs. 3 GVG.: „wenn die Verfolgung im Wege der Privatklage geschehe" spreche auch dafür, daß die Zuständigkeit des Schöffengerichts nur bestehe, solange die Verfolgung im Wege der Privatklage geschehe, d. h. im Privatklageverfahren zu er-

kennen sei, und es hätte einer Bestimmung wie im § 28 GVG. bedurft, wenn die Art der Anklageerhebung auch als maßgebend für die Zuständigkeit zur Urteilsfindung angesehen werden solle. Wenn nach § 417 StPO. dem Schöffengericht die Privatklage bis zum letzten Augenblicke entzogen werden könne und das Gesetz dem Schöffengericht die Aburteilung aller öffentlichen Klagen wegen Beleidigung und Körperverletzung [2]) entziehe, so folge daraus, daß ohne Rücksicht auf den Eröffnungsbeschluß die Unzuständigkeit bis zum letzten Augenblicke vor der Urteilsfindung eintreten könne.

Daß § 270 dem Schöffengerichte keine Möglichkeit gebe, seine Unzuständigkeit auszusprechen, spreche nicht für Weiterbestehen der Zuständigkeit, sondern bedinge nur, daß nach einer anderen Form gesucht werden müsse. Unmöglich könne aber diese prozessuale Bestimmung den Schluß rechtfertigen, die materielle Zuständigkeit gegen Wortlaut und Absicht des Gesetzes aufrechtzuerhalten.

Diese Erwägungen ließen es als die einfachste, der Natur der Sache am meisten entsprechende Forderung erscheinen, daß das Schöffengericht, sobald ihm die Erklärung zugehe, gleichviel in welchem Stadium, das nunmehr durch Fortfall des Privatklägers erledigte Privatklageverfahren einstelle und die Akten der Staatsanwaltschaft zum weiteren Be-

---

[2]) Für letztere gilt dies nach der Bestimmung des § 27 Ziff. 3a GVG. jetzt nicht mehr.

trieb der Sache nach Maßgabe der nunmehr anwendbaren Kompetenzvorschriften mitteile.

So weit die Gründe der Entscheidung in Bd. 10.

In Bd. 29 führt das Reichsgericht als weitere Begründung folgendes an:

Durch Vergleichung von § 270 u. 429 ergebe sich, daß das Gesetz den auf Privatklage erfolgten Eröffnungsbeschluß nicht als genügende Grundlage für das öffentliche Verfahren ansehe (ebenso Beinert a. a. O.).

In diesem Urteil wird dann noch ausdrücklich ausgesprochen, daß Einstellung auch zu erfolgen habe, wenn die Übernahme erst nach Erlaß des Urteils im Privatklageverfahren erfolge.

Die Entscheidung in Bd. 36 führt als Grund den Wegfall des Privatklägers an.

Die Gründe des Reichsgerichts sind also: Unzulänglichkeit des Eröffnungsbeschlusses, Unzulässigkeit der formlosen Überleitung des privaten in das öffentliche Klageverfahren, Wegfall des Privatklägers und damit des Verfahrens und schließlich die analoge Anwendungsmöglichkeit des § 429 StPO. „seinem inneren Gedanken nach“.

Die übrigen Vertreter beschränken sich darauf, zu sagen, das Verfahren müsse nach § 429 eingestellt und neue Klage erhoben werden. —

Diese Ansicht ist unhaltbar.

Ganz allgemein wird sie schon widerlegt durch die Konsequenzen, zu denen sie führt.

Die erste und schwerwiegendste ist die, daß eine Behörde durch eine bloße Erklärung gerichtliche Urteile und ganze Verfahren einfach vernichten kann.

Man denke nur an den krassesten Fall, daß die Staatsanwaltschaft in der Revisionsverhandlung vor dem Oberlandesgericht erklärt, sie übernehme jetzt die Verfolgung. Dann sollen mit einem Schlage die Verfahren vor dem Schöffengerichte und der Strafkammer mit ihren Urteilen und das Verfahren vor dem Oberlandesgericht spurlos verschwinden und ein ganz neues erstinstanzliches Verfahren beginnen!?

Ferner, wenn das Revisionsgericht die Sache an die Strafkammer zurückverwiesen hat und die Staatsanwaltschaft übernimmt dann erst die Verfolgung, dann würde ja auch noch das Revisionsurteil gänzlich zwecklos sein. (Ebenso Binding, Progr. S. 17.)

Das wäre doch eine Machtstellung, die man in der Staatsanwaltschaft sogar den höchsten Gerichten gegenüber einräumen würde, die ihr nicht zukäme (vgl. unten).

Eine weitere Konsequenz: angenommen, die Staatsanwaltschaft übernehme durch Einlegung der Berufung. Wenn dann ebenfalls das ganze Verfahren fallen sollte, dann wäre ja die Einlegung der Berufung ein bloßer Formalakt ohne jeden Sinn (vgl. Brückmann im „Tag“; Oetker a. a. O. S. 302 ff.), ja man könnte dies gar nicht mehr eine Berufung nennen, sondern es wäre ein der Strafprozeßordnung völlig unbekannter Einspruch gegen

ein Urteil. (Ebenso Oetker a. a. O.) Denn man kann mit Posener doch nicht annehmen, daß der Staatsanwaltschaft nun die Wahl zustände, entweder pure zu übernehmen und das Verfahren zu vernichten oder es in der Berufungsinstanz fortzusetzen. Diese Machtstellung einer Behörde, ganz nach ihrer Wahl Verfahren zu vernichten oder aufrechtzuerhalten, widerspricht jeder gesunden Rechtspflege. Vor allen Dingen wird aber das Gericht ein Werkzeug der Staatsanwaltschaft. Wo bleibt da die vom Gesetz statuierte Unabhängigkeit der Gerichte?

Ebensowenig dürfte die weitere Konsequenz dem Gesetze entsprechen, daß die Staatsanwaltschaft sich nun bis zu fünf und sechs Instanzen für eine Sache, z. B. durch Übernahme in der Revisionsinstanz, schaffen kann. Ich glaube, ihr Interesse ist genügend gewahrt, wenn ihr die Privatklage nach § 422 StPO. mitgeteilt wird.

Eine der schwerwiegendsten Konsequenzen ist folgende: Infolge der vom Reichsgericht usw. geforderten Einstellung kann es sich ereignen, daß das Klagerecht dem Privatkläger unwiederbringlich entzogen werden kann, was zur weiteren Folge hat, daß Straftaten ungesühnt bleiben.

Wie erwähnt, soll die Staatsanwaltschaft befugt sein, vor Erhebung einer neuen Klage noch neue Vorermittlungen anzustellen. Es folgt dies aus dem Ausdruck des Reichsgerichts: „zum weiteren Betrieb".

Wenn sie nun nach den Vorermittlungen zu der doch immerhin subjektiven Ansicht gelangt, es liege kein begründeter Verdacht vor, dann ist sie nicht verpflichtet,

die Klage zu erheben (vgl. Bruck in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. Bd. 26 S. 691), ja sie darf es nicht tun.

Was hat dies zur Folge?

Das Klagerecht des Privatklägers ist infolge der Rechtskraft des Einstellungsurteils erloschen, einer neuen Klage steht der Grundsatz ne bis in idem entgegen, denn das Einstellungsurteil ist auch Sachurteil. (Vgl. OLG. München in Seuffert 1908 Nr. 4 S. 120ff.) Der Privatkläger ist also nicht mehr imstande, seinen Strafanspruch zu verwirklichen,[3]) und die Staatsanwaltschaft will dies nicht tun. Eine Bestrafung wegen der Tat ist ausgeschlossen, denn: nemo judex sine actore.

Daß, wie Binding (Progr. S. 31) meint, das Klagrecht einfach auf den Privatkläger wieder zurückginge, darf man m. E. nicht annehmen, denn das Einstellungsurteil erledigt wie jedes Sachurteil den anhängigen Prozeß definitiv. (Vgl. Birkmeyer S. 469.) Ebensowenig trifft zu, was Löwe (Note 7 zu § 417 S. 863) und Stenglein (Note 4 zu § 417) annehmen, daß nämlich dem Privatkläger nach Einstellung des neuen Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft noch die Rechte des § 170 StPO. zuständen. Allenfalls könnte man sie ihm zubilligen, wenn er der Verletzte ist und man in der Aufgabe der weiteren Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft eine Ablehnung des in der Privat-

[3]) Und doch darf nach den Motiven (Hahn S. 281) in keinem Falle das Recht des Privatklägers durch die Übernahme eine sachliche Änderung erleiden, vor allem doch wohl nicht vernichtet werden.

klage liegenden Strafantrags sehe. Diese Auslegung ist aber eine sehr gesuchte, wenn auch nicht undenkbare. Für ausgeschlossen halte ich diese „sehr nachsichtige" (OLG. München a. a. O.) Auslegung für den Fall, daß der Privatklage, wie sehr häufig, schon Strafantrag und Ablehnung desselben sowie Ergreifung der Mittel des § 170 gegen letztere vorangegangen sind. Und auch wenn letzteres nicht der Fall wäre, würde eine Nachholung nicht mehr möglich sein, denn inzwischen ist sicher die Präklusivfrist des § 170 abgelaufen.[4])

Eine weitere Konsequenz ergibt sich aus § 503 StPO. Nach diesem Paragraphen hat der Privatkläger bei Einstellung die Kosten des eingestellten Verfahrens zu tragen. Also auch in dem hier in Frage stehenden Falle. (Ebenso Riß in Seuffert Bd. 72 S. 697, der noch zutreffend hinzufügt, daß der Privatkläger also noch dafür bestraft werde, daß er in durchaus gesetzlicher Weise versucht habe, den Strafanspruch des Staates zu verwirklichen.) Dieser Konsequenz wird man wohl kaum im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 503 StPO. aus dem Wege gehen können. Und doch ist diese Ansicht nicht allgemein vertreten. Das Reichsgericht selbst (Goltdammer Bd. 48 S. 438; Recht 1908 Nr. 1 Ziff. 223) sagt, daß über die Kosten in dem neuen Verfahren zu entscheiden sei, in das das Privatklageverfahren kraft Rechtens übergehe, so daß dann

---

[4]) Ganz gegen Anwendbarkeit des § 170 ist OLG. Celle in Goltdammer Bd. 40 S. 181 und Kahl, DJZ. 1907 S. 1227.

die Kosten des Privatklageverfahrens Bestandteile der allgemeinen Kosten des Verfahrens seien. Wie sich dies mit der Ansicht des Reichsgerichts, daß nach Übernahme eine definitive Einstellung nach § 429 stattfinden und eine neue Klage erhoben werden müsse, vereinigen soll, ist mir nicht klar, im Gegenteil, es dürfte hier ein Widerspruch vorliegen. In dieser Entscheidung sagt das Reichsgericht, das Verfahren werde fortgesetzt, und in den oben angeführten, es müsse ein neues selbständiges Verfahren stattfinden. Ein solches bietet aber keinen Raum für eine Entscheidung über Kosten eines anderen Verfahrens. (Vgl. OLG. München a. a. O.; Binding, Progr. S. 22 und GS. Bd. 72 S. 25.)

Wieder eine andere Ansicht vertritt Dittmann (Goltdammer Bd. 52 S. 301), der die Kosten im Falle der Einstellung der Staatskasse auferlegt, über die baren Auslagen aber noch nicht entschieden wissen will. Diese Ansicht scheint sich auf § 499 StPO. zu stützen. Dieser bestimmt allerdings, daß im Falle der Einstellung des Verfahrens die Staatskasse die Kosten, aber auch nach Abs. 3 die baren Auslagen zu tragen habe. Diese allgemeine Bestimmung kommt aber für die Privatklage nicht in Anwendung, da für sie die Spezialvorschrift des § 503 maßgebend ist.

Derselben Ansicht wie Dittmann ist das OLG. München (Warneyer 2. Jahrg. S. 254), und zwar aus dem weiteren Grunde, daß die von dem Reichsgericht geforderte Einstellung nicht die Natur einer das Ver-

fahren definitiv beendigenden Entscheidung habe. Dieser Grund kann doch nicht eine Entscheidung nach § 499 stützen, der ja gerade eine definitive Einstellung voraussetzt. Im Gegenteil spricht dieser Grund gerade für Anwendung des § 503, der gar keine definitive Einstellung fordert. Denn auch im Falle der Zurücknahme der Privatklage wird ja die Untersuchung meist nicht definitiv beendigt. Es bleibt, wie erwähnt, der in der Privatklage enthaltene Strafantrag stets bestehen, sobald seine Zurücknahme nicht möglich ist, auf Grund dessen dann jederzeit die Staatsanwaltschaft das Verfahren eröffnen kann. Und doch hat in diesem Falle der Privatkläger die Kosten nach § 503 StPO. zu tragen (vgl. v. Kujawa a. a. O. S. 14), woraus folgt, daß gerade bei nicht definitiver Einstellung § 503 und bei definitiver § 499 in Anwendung kommen müßte, wenn nicht der oben angeführte Grund schon gegen die Heranziehung des § 499 spräche.

Auch Löwe (Note 7 zu § 417 S. 863) will die Kosten der Staatskasse auferlegen und begründet seine Ansicht damit, daß der Privatkläger mit der Übernahme weggefallen und zum Nebenkläger geworden sei. Es ist zutreffend, daß der Privatkläger tatsächlich als solcher aufgehört hat zu existieren, aber man muß auch hier, wie im Falle der Zurücknahme formell sein weiteres Dasein annehmen. Auch im Falle der Zurücknahme verschwindet der Privatkläger und hat doch die Kosten zu tragen. (Vgl. v. Kujawa a. a. O.)

Es ist also auch diese Konsequenz nicht zu umgehen,

wobei dann folgender merkwürdige Fall eintreten kann: Das Schöffengericht muß, trotzdem es in dem Privatklageverfahren den Angeklagten zu Strafe und gesetzmäßig zur Tragung der Kosten verurteilt hat, doch bei Übernahme der Verfolgung nach Urteilserlaß das Verfahren einstellen, vorausgesetzt, daß man es dafür für zuständig hält, und jetzt im direkten Widerspruche mit seinem Urteile dem Privatkläger die Kosten auferlegen. —

Binding (GS. Bd. 72 S. 7) zieht noch die weitere Konsequenz, daß durch die Einstellung des Privatklageverfahrens auch das öffentliche Klagerecht konsumiert werde, weil Privatkläger und Staatsanwaltschaft ein und dasselbe Klagerecht verträten und man nicht dem einen Vertreter das Klagerecht zubilligen könne, wenn man es dem anderen entzöge. Diese Konsequenz möchte ich nicht anerkennen. Es ist richtig, daß Staatsanwalt und Privatkläger dasselbe Klagerecht vertreten. Aber sie stehen nebeneinander, wie z. B. mehrere zur Stellung eines Antrags Berechtigte. Wenn einer von diesen die Antragsfrist versäumt, so wird doch auch sein Klagerecht vernichtet, für die anderen bleibt es aber bestehen (§ 62 StGB.).

Die Bindingsche Konsequenz steht also im Widerspruch mit diesem Paragraphen, dessen analoge Anwendung unumgänglich erscheint. Das Klagerecht des Staates wird also durch die Einstellung nicht vernichtet, und einer neuen Klage stände sie prinzipiell nicht im Wege. —

Diese Konsequenzen würden m. E. allein schon genügen, die Ansicht des Reichsgerichts zu widerlegen. Es

ergeben sich aber noch einige Folgen praktischer Art, die diese Widerlegung unterstützen.[5])

Das Reichsgericht hat selbst entschieden (RG. Bd. 5 S. 243, Bd. 22 S. 240), daß durch eine Einstellung das Verfahren in keiner Weise aufgehalten werden dürfe. Gerade das Gegenteil geschieht aber infolge der hier vom Reichsgericht geforderten Einstellung. Denn ehe ein neues Verfahren beginnen kann, muß erst das Einstellungsurteil rechtskräftig werden. Das kann aber sehr lange dauern, wenn man die Anfechtungsmöglichkeit in Betracht zieht.

Eine weitere praktische Folge:

Welches Gericht soll denn das Verfahren einstellen, wenn die Übernahme nach Erlaß des Urteils, ohne daß eine Partei ein Rechtsmittel eingelegt hat, durch Erhebung der öffentlichen Klage erfolgt? Es wird sich kaum ein zuständiges finden. Das Schöffengericht kann nicht einstellen, weil es bereits gültig geurteilt hat, die Strafkammer nicht, weil sie mit dem Privatklageverfahren nicht befaßt ist. (Vgl. Binding, GS. Bd. 72 S. 30.)

Ferner würde es eigentümlich und höchst unpraktisch sein, wenn der Staatsanwalt bei Übernahme der Verfolgung zugunsten des Angeklagten eine neue Klage gegen ihn erheben und dann doch Freisprechung bean-

[5]) Auch die Kommission für die Reform des Strafprozesses (Prot. Bd. 1 S. 289) erkennt an, daß diese Ergebnisse des vom Reichsgericht geforderten Verfahrens sehr unerwünschte seien. Besonders unbillig sei, den Angeklagten zwei Verfahren auszusetzen. (Ebenso Bruck, Zeitschr. f. d. ges. Strafr. Bd. 26 S. 691.)

tragen müßte. Besonders unpraktisch und direkt sinnwidrig ist dies in der Berufungsinstanz. Bei Einlegung müßte der Staatsanwalt einen Berufungsantrag zugunsten des Angeklagten stellen, es müßte dann Einstellung erfolgen, und der Staatsanwalt hätte nun gegen den Angeklagten Klage zu erheben und seine Freisprechung zu beantragen. (Vgl. Binding, Progr. S. 28; Löwe a. a. O.)

Ebenso unpraktisch ist folgendes: Wenn die Staatsanwaltschaft ein Privatklageverfahren wegen Körperverletzung übernimmt, dann muß das Schöffengericht seinen auf die Privatklage ergangenen Eröffnungsbeschluß aufheben und nach Erhebung der öffentlichen Klage genau denselben Beschluß wieder erlassen! (Vgl. Bruck a. a. O.)

Damit möchte ich die allgemeine Widerlegung der Ansicht des Reichsgerichts schließen. Ich wende mich nun zur Widerlegung der einzelnen Gründe.[6])

---

[6]) Das Reichsgericht scheint seiner Gründe selbst nicht ganz sicher zu sein, denn es fügt seiner Entscheidung in Bd. 10 einen Eventualgrund an (vgl. Stenglein S. 422). Auch in neuerer Zeit hat sich einer der Senate mit dieser Ansicht in Gegensatz gesetzt, nämlich in dem Urteile im Prozeß Moltke gegen Harden (DJZ. 1908 Nr. 13 S. 744), in dem er Bedenken trägt, sich der früheren Ansicht anzuschließen, da die Übernahme durch eine bloße Erklärung erfolge, die nicht die Ankündigung einer neuen Klage, sondern nur die Absicht des Weiterbetreibens der alten Klage enthalte. Auch der Umstand, daß der Privatkläger im weiteren Verfahren als Nebenkläger beteiligt sein solle, unterstütze diese Ansicht, da nur diese eine Beteiligung sichere, nicht aber ein neues Vorverfahren,

Der erste Grund ist der, daß das bisherige Verfahren und besonders sein Eröffnungsbeschluß keine geeignete Grundlage für das öffentliche Verfahren bilden können.

Von einer solchen Unzulänglichkeit könnte aber m. E. nur die Rede sein, wenn eine Straftat vorläge, die ihrem Wesen nach von der bisher angenommenen verschieden wäre. Für solche Fälle ist eine formlose Überleitung allerdings nicht am Platze, denn der Eröffnungsbeschluß im Privatklageverfahren ist nicht geeignet, als solcher für das öffentliche Klageverfahren zu dienen.

Aber bei der Übernahme der Verfolgung liegt ein solcher Fall nicht vor. Es handelt sich nach wie vor um dieselbe Tat, die dem Eröffnungsbeschlusse zugrunde gelegen hat. Warum soll dann dieser nicht geeignet sein, als Eröffnungsbeschluß für ein öffentliches Klageverfahren zu dienen, besonders da nach §§ 421, 423 StPO. die Privatklage den Anforderungen der öffentlichen Klage entsprechen muß? (Vgl. OLG. München bei Seuffert a. a. O.)

Von einer Minderwertigkeit oder einem Formmangel des Eröffnungsbeschlusses läßt sich also nicht reden.

Wollte das Reichsgericht vielleicht in der geringeren Sachvorbereitung einen Grund für seine Ansicht finden, so möchte ich dagegen bemerken, daß in den meisten Fällen das Privatklageverfahren der Vorbereitung des Verfahrens

---

das nicht zur Klageerhebung zu führen brauche. Durchaus zutreffende Gründe! Leider hat der Senat keine Veranlassung gehabt, eine Plenarentscheidung herbeizuführen.

über die doch größtenteils geringfügigen Straftaten genügen wird.

Es muß ja zugegeben werden, daß bei schwereren Delikten die fehlende Voruntersuchung ein Risiko für den Staatsanwalt sein kann. Aber m. E. ist das Risiko nicht so groß, um obige Ansicht zu stützen. Denn nach § 422 StPO. erhält der Staatsanwalt die Privatklage mitgeteilt, und es steht ihm frei, Vorermittlungen anstellen zu lassen und so etwaige Mängel der Privatklage zu beseitigen. Ferner kann aber auch nach § 200 StPO. der Amtsrichter selbst vor der Eröffnung des Hauptverfahrens Beweise erheben. (Vgl. Elsas in Frankf. Ztg.; v. Kujawa S. 17 f.; Kade S. 12.)

Damit dürfte dieser Grund des Reichsgerichts widerlegt sein.

Auch der weitere Grund des Reichsgerichts, § 429 eigne sich am besten zu analoger Anwendung, ist nicht stichhaltig. Jede Anwendung des § 429 StPO., analoge wie direkte, ist ausgeschlossen.[7]) Dies ergibt sich aus folgendem: § 429 lautet: Findet das Gericht . . ., daß die . . . Tatsachen eine solche strafbare Handlung darstellen . . . § 429 spricht danach von einer materiellen Änderung der Sache; er setzt voraus, daß eine Straftat ganz anderer rechtlicher Natur in Frage kommt, die nicht im Wege

[7]) Diese Ausführungen lassen sich am besten hier einschieben, obgleich sie eigentlich zur Frage der Überleitung an das zuständige Gericht (unten § 4) gehören, denn sie dienen in wesentlicher Weise zur Widerlegung der hier behandelten Ansicht.

der Privatklage verfolgbar ist. Dies trifft aber bei dem Fall des § 417 Abs. 2 nicht zu. Die Tat bleibt hier genau dieselbe, es wechselt nur die Person des Anklägers. (RG. Bd. 10 S. 239.)

Daß, wie Voitus (S. 131) und Grohmann (a. a. O. S. 201 ff.) annehmen, die Tat selbst sich ändere, eine schwerwiegendere werde, weil jetzt der Staatsanwalt im öffentlichen Interesse ein Einschreiten für nötig halte, ist m. E. nicht zutreffend. Denn wie v. Kujawa (S. 15) richtig bemerkt, kann das öffentliche Interesse auch oft in ganz anderen Umständen als der Schwere der Tat gefunden werden. Ja selbst wenn die Tat infolge des Wechsels des Anklägers eine schwerwiegendere würde, so würde dies doch nichts an ihrer materiellen Beschaffenheit ändern. Die von Voitus angeführten Beispiele, daß bei Diebstahl im wiederholten Rückfalle und bei schwererer Körperverletzung sich die Tat ja auch nicht ändere und doch der auch eine materielle Änderung voraussetzende § 270 StPO. in Anwendung komme, sind hier nicht maßgebend, weil es sich bei ihnen um den Gegensatz von Vergehen und Verbrechen handelt. (Ebenso v. Kujawa a. a. O. S. 15 f.) Daher kann der Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß das Gericht sich jeder Sachentscheidung zu enthalten habe, wenn die Art des Delikts sich ändere, im Falle des § 417 nicht die Anwendbarkeit des § 429 stützen.

Wenn der Gesetzgeber diese Anwendbarkeit gewollt hätte, dann hätte er es sicher gesagt oder wenigstens auf

§ 429 verwiesen. Aber er beschränkt sich darauf, zu sagen, daß für das weitere Verfahren die Vorschriften über die Nebenklage Anwendung finden sollen. § 429 spricht aber gar nicht von einer Nebenklage, sondern er überläßt es der künftigen Gestaltung der Sache, ob ein Anschluß zulässig ist. Nach § 417 Abs. 3 soll aber der richtigen Ansicht nach (vgl. unten) der Privatkläger sofort die Stellung eines Nebenklägers haben, und eine Nebenklage setzt doch das Bestehen einer Hauptklage voraus. Wo aber ist eine solche bei einer Einstellung nach § 429? (Vgl. OLG. München bei Seuffert 1908 Nr. 4 S. 190 ff.; Binding, Progr. S. 13.) Der Gesetzgeber hat m. E. danach die Anwendung des § 429 nicht gewollt.

Dafür spricht auch § 438 StPO. Der Abs. 1 dieses Paragraphen sagt, daß durch den Anschluß des Nebenklägers der Fortgang des Verfahrens nicht aufgehalten werden solle. Wenn dies schon für den Anschluß gilt, wie viel mehr wird es da für den ipso jure-Eintritt des Nebenklägers (§ 417 Abs. 3) gelten!

Man könnte jedenfalls bei Anwendung von § 429 kaum von einem Fortgang des Verfahrens sprechen. Im Gegenteil! Das Verfahren wird ja vernichtet. Vor allen Dingen kann also nicht davon die Rede sein, der Eintritt des Nebenklägers halte das Verfahren nicht auf.

Besonders gegen eine analoge Anwendung des § 429 sprechen aber noch folgende Erwägungen:

§ 429 hat nach der eignen Ansicht des Reichsgerichts (RG. Bd. 7 S. 466, Bd. 27 S. 217) den Zweck, dann,

wenn ein nicht zur Verfolgung im Wege der Privatklage sich eignendes Delikt vorliegt, und im Falle der Einstellung der einzig zur Verfolgung legitimierte Ankläger wegfällt, also eigentlich der Grundsatz nemo judex sine actore eingreifen müßte, eine Fürsorge für das Vorhandensein eines „actors“ durch die Einrichtung der Übersendung der Akten an die Staatsanwaltschaft zu treffen.

Diese Notlage tritt aber hier nicht ein, denn das staatliche Anklagerecht wird dadurch, daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernimmt und der Privatkläger zum Nebenkläger wird, nicht nur nicht vernichtet, sondern es werden im Gegenteil größere Garantien für sein Gewahrtbleiben gegeben. Denn jetzt stehen dem Angeklagten statt des früher allein als Partei hervorgetretenen Privatklägers zwei Ankläger gegenüber, indem die Staatsanwaltschaft aus ihrer bisher „latenten“ Parteistellung (Binding, Progr. S. 6)[8]) hervor- und als selbständige Partei neben den Nebenkläger tritt. Die Gefahr also, daß ein actor wegfallen könnte, besteht hier nicht. Ein Schluß auf die Anwendbarkeit des § 429 läßt sich also aus seiner ratio, „seinem inneren Gedanken“, nicht ziehen. (Ebenso v. Kujawa S. 17.)

[8]) Auch Gerland, GS. Bd. 60 S. 163 nimmt an, daß die Staatsanwaltschaft von Anfang des Privatklageverfahrens an Prozeßsubjekt ist, da sie nach Abs. 1 des § 417 das Recht der Beteiligung habe (vgl. unten).

Damit fällt auch dieser Grund des Reichsgerichts und mit ihm der andere, daß wegen Wegfalls des Privatklägers eine formlose Überleitung nicht zulässig sei.

Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht dürfte damit zur Genüge dargelegt sein.

Das Privatklageverfahren darf also nicht eingestellt werden, sondern es muß ohne Unterbrechung als öffentliches Klageverfahren fortgesetzt werden, in das es sich ipso jure verwandelt.[9])

---

[9]) Dies ist die Ansicht der Mehrzahl der Schriftsteller. Es sind dies Grohmann a. a. O. S. 195 ff.; OLG. München a. a. O.; OLG. Dresden (Annalen Bd. 20 S. 3); Löwe S. 863 Note 7; Bruck in Zeitsch. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 26 S. 691; Oetker, GS. Bd. 71 S. 299 ff.; Dickmann, Goltdammer Bd. 52 S. 298 ff.; v. Liszt in der Nationalzeitung; Rintelen S. 175; Stenglein Note 3 zu § 77 GVG.; Bennecke-Beling S. 633; v. Kujawa a. a. O.; Thilo S. 61, 16; Voitus S. 134; Wolffing S. 13; Breith S. 62; Binding, Progr. S. 32 und GS. Bd. 72 S. 33 ff.; Freudenstein S. 157; Zimmermann, GS. Bd. 36 S. 154; Birkmeyer S. 615; Oppenheim S. 45; Jonas S. 33; Kade S. 11 ff.; Mamroth Note 6 zu § 27 GVG.; Note 5 zu § 417; Schwab in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1902 S. 452; Keller S. 459; Glaser S. 74 Anm. 22, S. 212 Anm. 10; Puchelt S. 696; Menzel S. 107; Elsas a. a. O.; v. Bomhard in Nationalzeitung; Brückmann im „Tag"; v. Kries S. 729; Ullmann S. 119 § 221 b; Dochow S. 264; v. Schwarze S. 40; Kommissionsprot. Bd. 1 S. 298; Neumann und Kronecker im Hamb. Korresp. 1907 Nr. 582; Wach ebenda S. 588; Frank ebenda S. 591; Eller ebenda Nr. 597; Kahl und Hamm in DJZ. 1907 S. 1228 ff.; Finger ebenda 1908 Nr. 12 S. 666.

Außer den oben zur Widerlegung der reichsgerichtlichen Ansicht angeführten Gründen sprechen für die Notwendigkeit und alleinige Zulässigkeit einer Fortsetzung noch folgende Erwägungen:

Schon aus dem Ausdruck, daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung „übernehmen“ könne, folgt nach allgemeinem Sprachgebrauch, daß das Gesetz damit sagen wollte, es solle nicht eine Vernichtung, sondern eine Fortführung des Privatklageverfahrens stattfinden. Denn eine Vernichtung, wenn ihr auch die Erhebung einer neuen Klage folgt, ist keine Übernahme des alten, sondern eine Einleitung eines gänzlich neuen selbständigen Verfahrens. (Ebenso Kahl u. Hamm a. a. O.; Kries S. 729; Stenglein Ziff. 9 zu § 27 GVG.; Ullmann S. 545; Grohmann a. a. O. S. 216; Breith S. 65; Wolffing S. 14; v. Kujawa S. 19.)

Auch daraus, daß die Übernahme durch eine bloße Erklärung und besonders durch Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen kann, ergibt sich, daß nicht eine neue Klage erhoben, sondern lediglich das bisherige Verfahren fortgesetzt werden soll. (Vgl. Kahl u. Hamm a. a. O.; Binding, GS. Bd. 72 S. 11; v. Kujawa a. a. O. S. 20.)

Auch die Worte „in jeder Lage der Sache“ würden zwecklos und ohne Sinn sein, wenn § 417 die Folge haben sollte, daß die Staatsanwaltschaft trotz Bestehens eines Verfahrens stets berechtigt sein sollte, eine neue selbständige Verfolgung einzuleiten. Es würde, wie

v. Kujawa (S. 20) richtig bemerkt, eine Bestimmung genügt haben dahin, daß die Staatsanwaltschaft bis zum Eintritte der Rechtskraft die Verfolgung übernehmen könne. Die Staatsanwaltschaft soll aber in „der Lage der Sache", also dieser Privatklagesache, übernehmen, d. h. das Verfahren fortsetzen können. (Vgl. v. Kujawa a. a. O.)

Für diese Auffassung spricht weiter auch, daß in Abs. 3 des § 417 Vorschriften für das „weitere Verfahren" getroffen wurden. Wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, daß ein neues Verfahren beginnen solle, dann hätte er nicht von einem „weiteren", sondern von „dem neuen" Verfahren gesprochen. (Ebenso Kahl u. Hamm a. a. O.; Oetker a. a. O. S. 302: „zwingender Beweis".) —

Neben dem Wortlaut unterstützt ferner noch der Zweck des § 417 Abs. 2 die hier vertretene Ansicht. Durch dessen Bestimmung soll ein Mittel gegeben werden, die vom Privatkläger begonnene Verfolgung im öffentlichen Interesse zu vollenden, nicht etwa dem Privatkläger zu entreißen, ohne daß, wie erwähnt, die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, nun auch die Verfolgung zu Ende zu führen. Denn wenn dies bezweckt gewesen wäre, dann wäre die Bestimmung in Abs. 3 überflüssig. Ein „weiteres" Verfahren gibt es dann nicht, und dem neuen könnte sich ja der Privatkläger gemäß §§ 435 ff. StPO. anschließen. Gerade diese Bestimmung spricht m. E. dafür, daß der weitere Zweck war, dem Privatkläger auch dann die Rolle als Nebenkläger zu geben, wenn keine neue Klage erhoben würde. (Vgl. Grohmann a. a. O. S. 237; Kahl a. a. O.)

Und zum Schluß den Hauptgrund: Nur bei einer Fortsetzung wird die „Einheit des Verfahrens" aufrechterhalten. (Vgl. Binding, GS. Bd. 72 S. 10ff., 39.) Darüber folgendes:

Das Privatklageverfahren bezweckt neben der Genugtuung für den Privatkläger noch die Befriedigung des Strafanspruchs des Staates, zu der er selbst ja nach Abs. 1 des § 417 mitwirken kann. Es gibt also im Privatklageverfahren in Wirklichkeit zwei klagende Parteien, nicht nur eine, wie es auf den ersten Blick scheint. Handelnd tritt allerdings zunächst hauptsächlich nur der Privatkläger hervor, während die andere Partei, der Staat, „latent" bleibt und nur manchmal handelnd eingreift. Mit der Übernahme der Verfolgung tritt aber der Staat aus seiner latenten Stellung nunmehr offen als Partei handelnd hervor, aber nicht als alleinige Partei: die andere Partei bleibt neben ihm bestehen als Nebenkläger. Im Grunde genommen bleibt die Situation vor wie nach Übernahme vollkommen die gleiche, nur daß jetzt die bisher im Hintergrund gebliebene, aber von Anfang an vorhanden gewesene Partei mehr in den Vordergrund getreten ist.

Daraus folgt: Die bisherige Verfolgung durch den Privatkläger als Haupt- und den Staat als nur dann und wann handelnde Partei und die nach Übernahme stattfindende Verfolgung durch den Staat als Haupt- und den Privat(Neben-)kläger als Nebenpartei sind ein einheitliches Verfahren. Dies hat zur natürlichen Folge,

daß der Eintritt des Staates diese Einheit nicht stören darf (vgl. Binding, GS. Bd. 72 S. 4, 5—11, 39), daß vielmehr die Staatsanwaltschaft an die durch Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses geschaffene Lage gebunden bleibt. (Ebenso Oetker a. a. O. S. 303.) Unterstützt werden diese Ausführungen durch eine Interpretation des § 417 mittels der §§ 415, 435, 438 u. 439 StPO. Diese sprechen davon, daß wenn von mehreren Berechtigten einer die Privatklage erhoben hat, den übrigen nur der Beitritt und ebenso dem zur Nebenklage Befugten nur der Anschluß an das öffentliche Klageverfahren, so wie es liegt, gestattet sein solle. (RG. Bd. 3 S. 366.) Wie für diese mehreren Berechtigten das einmal begründete Prozeßrechtsverhältnis bindend ist, trotzdem sie nicht von Anfang an handelnd auftraten, um wie viel mehr muß es dann als bindend angesehen werden für Parteien, die beide von Anfang an Prozeßsubjekte sind? (Ähnlich v. Kujawa S. 21.) Das Resultat ist also, daß es sich bei der Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft lediglich um eine Fortsetzung des übernommenen Verfahrens handeln kann.

II. Einfluß der Übernahme auf die Stellung des Privatklägers.

Für den Privatkläger hat die Übernahme die Wirkung, daß er in dem nunmehr folgenden Verfahrensteil die Stellung eines Nebenklägers erhält, und zwar, wie die

herrschende Meinung richtig aus § 417 Abs. 3 StPO. schließt, ohne daß eine Anschlußerklärung notwendig wäre. Wenn eine solche erforderlich sein sollte, dann hätte es der Bestimmung des Abs. 3 nicht bedurft, denn daß ein zur Privatklage Berechtigter sich dem von der Staatsanwaltschaft betriebenen Verfahren als Nebenkläger anschließen kann, folgt schon aus §§ 435 ff. und ein Hinweis auf diese Möglichkeit ist überflüssig.[10]) (Ebenso RG. Bd. 7 S. 437; Oppenheim S. 20 u. 45 Anm. 1; OLG. München a. a. O.; Menzel S. 100; Dochow in v. H. H. S. 361; v. Schwarze S. 41; Puchelt S. 697; Stenglein Note 6 zu § 417; Bennecke-Beling S. 633; Löwe Note 9 zu § 417; Breith S. 66; Wolffing S. 13 f. A. A. sind Oetker a. a. O. S. 302; Wolffing S. 13, die für den Fall der Übernahme vor Eröffnung des Hauptverfahrens nur eine Anschlußerklärung für zulässig halten; es ist dies eine notwendige Folge ihrer unten § 4 S. 59 widerlegten Ansicht, daß im Falle der Übernahme vor Eröffnung eine neue Klage erforderlich sei. Anscheinend oder auch nur anscheinend anderer Ansicht als hier ist v. Kujawa (S. 22), der annimmt, daß bei Übernahme vor Eröffnung der Privatkläger nur durch Anträge, Beweismittelnennungen auf den Gang des Verfahrens einwirken könne. Solche Rechte hat aber in der Strafprozeßordnung nur der Nebenkläger. In Wirklichkeit gibt also auch v. Kujawa für diesen Fall dem Privatkläger die Stellung eines solchen.)

[10]) Diese Ansicht wird auch unterstützt von dem oben dargelegten Grundsatz der Einheit des Verfahrens.

Stets eine ausdrückliche Anschlußerklärung fordert Rosenfeld S. 406 Note 9 und Nebenklage S. 94 ff.

Seine Gründe sind kurz folgende:

Die hier vertretene Ansicht finde in den Worten des Gesetzes keinen Anhalt. Wenn das Gesetz auf die Bestimmungen, welche ... für den Anschluß des Verletzten als Nebenkläger gegeben seien, verweise, so sei damit doch in erster Linie auf § 436 hingedeutet, denn nur er enthalte Bestimmungen für den Anschluß. Es wäre ein Leichtes gewesen, eine unzweideutige Gesetzesfassung zu geben, wenn man die Vorschriften hätte bezeichnen wollen, die für die Situation nach erfolgtem Anschlusse gelten.

Der Gesetzgeber habe auch gar kein Interesse, den Privatkläger mit zwingender Gewalt in diese Stellung zu drängen, und dieser sei vielleicht herzlich froh, nicht mehr Partei spielen zu brauchen.

Es sei gar nicht überflüssig, zu sagen, daß dieselbe Person in demselben Verfahren zuerst als Privatkläger und dann als Nebenkläger auftreten dürfe. Ferner liege in der Bestimmung des Abs. 3 auch ein nicht überflüssiger Hinweis darauf, daß eine nochmalige Prüfung der Anschlußberechtigung stattfinden müsse. Als Folge der hier vertretenen Ansicht ergebe sich eine ganz neue Gruppe von Nebenklägern, der es an allen speziellen Voraussetzungen fehle außer der, daß Privatklage von ihnen erhoben sei.

Wäre also irrtümlich wegen eines Offizialdelikts eine Privatklage eingereicht, der Staatsanwaltschaft mitgeteilt,

und übernähme diese nunmehr nach gleichfalls irrtümlich erlassenem Eröffnungsbeschlusse die Verfolgung, dann würde jener „Pseudoprivatkläger“ definitiv und ohne Remedur Nebenkläger geworden sein. Ferner würde bei durch neuere Gesetze geschaffenen Privatklagefällen, bei denen ein Anschluß nach § 435 nicht möglich sei, die Möglichkeit gegeben sein, nach vorgängig erhobener Privatklage und darauffolgender Übernahme durch die Staatsanwaltschaft von selbst in die sonst verschlossene Stellung hineinzugleiten.

Auch im § 34 Abs. 3 der Gerichtsschreibereiordnung v. 3. 8. 1873 sei der richtige Standpunkt vertreten.

Gegen diese Ansicht sprechen in erster Linie die oben zur Begründung der hier vertretenen angegebenen Gesichtspunkte. M. E. ist aber die von Rosenfeld geforderte Anschlußerklärung gänzlich überflüssig, sie liegt schon in der Erhebung der Privatklage, denn die Formvorschriften für deren Erhebung sind strengerer Natur als die formalen Voraussetzungen des Anschlusses. Danach ist als minus in der Klageerhebung schon die Anschlußerklärung für den Fall des § 417 Abs. 2 StPO. und in der Genehmigung der Privatklage die Zulassung als Nebenkläger (ebenso Wolffing S. 13) enthalten.

Daß der Privatkläger manchmal „herzlich froh“ sei, „nicht mehr Partei spielen zu brauchen“, ist kein Grund. Es steht ihm ja frei, seiner Unlust dadurch Ausdruck zu geben, daß er erklärt, er wolle sich nicht mehr am Ver-

fahren beteiligen. Es soll ihm ja durchaus nicht ein Vorteil aufgedrängt werden. (Vgl. Breith S. 66.)

Bei den weiteren Gründen Rosenfelds muß es auffallen, daß die Notwendigkeit der Anschlußerklärung lediglich eine Möglichkeit geben soll, gemachte Fehler zu verbessern. Die Prüfung der Privatklage- und damit der Nebenklageberechtigung hat aber bei Zulassung der Klage zu erfolgen und dabei gemachte Fehler müssen dann eben durch Einlegung der Rechtsmittel usw. zu heben versucht werden. Aber nicht soll Abs. 3 dieses Mittel in die Hand geben, dafür fehlt jeder Anhalt.

Auch ich ziehe die Konsequenz, daß nun möglicherweise Nebenkläger bei Offizialdelikten auftreten können. Prinzipiell müssen sie existent werden, das sagt der Abs. 3. Aber die Gefahr ist nicht so groß, wie Rosenfeld meint, denn dem Gericht steht jederzeit frei, den Nebenkläger bei einem Mangel seiner prozessualen Berechtigung seines Nebenklagerechts für verlustig zu erklären.

Die Gerichtsschreibereiordnung von 1873 stand allerdings auf dem Standpunkt Rosenfelds, indem sie sagte: „Schließt sich der Privatkläger im Falle der Übernahme ... als Nebenkläger an“. Aber dieser Standpunkt hat sich geändert, denn in der neuen Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte v. 11. 10. 1906 (JustizminBl. S. 304) heißt es in § 37 Ziff. 3 Satz 2:

> „Tritt der Privatkläger in die Stellung des Nebenklägers, weil die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernimmt, so ...“

Die Gründe Rosenfelds sind danach nicht geeignet, die hier vertretene, sich bei klarer Würdigung der Sachlage und des Wortlautes des Abs. 3 logischerweise ergebende Ansicht zu widerlegen. Rosenfeld ist auch allein geblieben mit seiner Ansicht.

§ 3.

Folgen dieses Einflusses, besonders bezüglich der Zuständigkeit.

Die Verwandlung des privaten in das öffentliche Klageverfahren hat verschiedene Folgen. Am wichtigsten ist dabei die Frage, ob sich die Zuständigkeit des Schöffengerichts infolge dieser Umwandlung ändert oder nicht. Von einer Änderung der Zuständigkeit kann man wiederum nur in den Fällen sprechen, in denen im Wege der Privatklage Straftaten verfolgt wurden, für deren Aburteilung für den Fall der Verfolgung durch die öffentliche Anklagebehörde nicht das Schöffengericht, sondern die Strafkammer zuständig wäre. In erster Linie ist dabei für die erste Instanz an Beleidigungen zu denken (§ 73 GVG.). In zweiter Instanz treten noch die Körperverletzungen hinzu, für die als Berufungsinstanz, wenn sie im Wege der Privatklage verfolgt werden, die Strafkammer in dreigliedriger Besetzung, wenn die Verfolgung von der Staatsanwaltschaft ausgeht, die Strafkammer in fünfgliedriger Besetzung zuständig ist (§ 77 GVG.). Bei

Beleidigung und Körperverletzung in Idealkonkurrenz richtet sich die Zuständigkeitsfrage nach folgendem:

Idealkonkurrierende Delikte können nicht von mehreren Gerichten abgeurteilt werden, also kann nur eines der sonst vielleicht für die Aburteilung beider Delikte, wenn sie selbständige Straftaten wären, mehreren zuständigen Gerichte als das zur Aburteilung dieser Straftat zuständige bezeichnet werden. Von diesen mehreren Gerichten ist m. E. nun das das zuständige, welchem die Aburteilung des schwersten der in Frage stehenden idealkonkurrierenden Delikte zukommt. Denn bei Idealkonkurrenz findet nach § 73 StGB. das „schwerste" Gesetz Anwendung. Ein Gesetz anwenden heißt aber seine Rechtsfolgen aussprechen. (Vgl. Frank zu § 73 V S. 130.) Zu diesen Rechtsfolgen gehören nun neben den materiellen (Strafe) m. E. auch die prozessualen (z. B. die Zuständigkeit). Danach wird also die Verhandlung im obigen Falle vor demjenigen Gericht stattzufinden haben, das für das schwerste der idealkonkurrierenden Delikte zuständig ist. (Ebenso Kohlrausch S. 10; Bennecke S. 205; Olshausen Bd. 1 S. 349 Anm. 1.) Bei vorsätzlicher einfacher Körperverletzung in Idealkonkurrenz mit tätlicher Beleidigung wird nach diesen Grundsätzen das Schöffengericht das zuständige Gericht sein, denn § 223 StGB. droht im Höchstmaß drei Jahre Gefängnis und Geldstrafe bis zu 1000 Mk. an, während die tätliche Beleidigung nach § 185 StGB. im Höchstfalle mit Gefängnisstrafe von zwei Jahren oder Geldstrafe von

1500 Mk. bestraft wird. § 223 StGB. ist also das schwerste Gesetz. Bei Idealkonkurrenz von tätlicher Beleidigung und fahrlässiger Körperverletzung wird § 185 das schwerste Gesetz sein, denn § 230 droht nur Geldstrafe bis 900 Mk. oder Gefängnis bis zu zwei Jahren an. Es wird also für die Aburteilung eines aus diesen beiden Straftaten zusammengesetzten Delikts in erster Instanz die Strafkammer zuständig sein. In beiden Fällen selbstverständlich die Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft vorausgesetzt.

Dies werden die Fälle sein, in denen von einem Einfluß der Verwandlung des Verfahrens auf die Zuständigkeit in erster Instanz gesprochen werden kann. In zweiter Instanz macht es keinen Unterschied, ob Beleidigung oder Körperverletzung vorliegt. Denn bei beiden Delikten sind für den Fall, daß sie im Wege der Privatklage verfolgt werden, als Berufungsinstanz die dreigliedrigen Strafkammern, dagegen für die Verhandlung der Berufung im Falle der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft die fünfgliedrigen Strafkammern zuständig, bei Beleidigungen natürlich vorausgesetzt, daß ihre Verhandlung gemäß § 75 Ziff. 4 GVG. an das Schöffengericht überwiesen war (§ 77 GVG.). —

Die Ansichten über diese Folgen sind verschieden.

Die eine Ansicht geht dahin, daß die Zuständigkeit sich nicht ändere, während die andere dieser gerade entgegengesetzt die Zuständigkeitsänderung annimmt.

Die Vertreter der ersten Ansicht sind Keller, Glaser, Puchelt, Dochow, Zimmermann, v. Kries, Kade, Stenglein, Jonas, Binding, Neumann, Kronecker, Wach, Frank, Eller, Oberstes Landesgericht München, Bennecke, v. Bomhard, Brückmann, v. Liszt, Elsas, v. Kujawa, v. Schwarze, Kommission zur Reform des Strafprozesses, Dittmann, Löwe, Oetker, Birkmeyer, Rintelen, Oppenheim, Bruck, Kahl, Hamm und Herrmann,[1]) Breith S. 64; Wolffing S. 13. Von diesen nehmen Stenglein, Jonas, Dittmann, Löwe, Oetker, Birkmeyer, Rintelen, Oppenheim, Breith und Wolffing ein Bestehenbleiben der Zuständigkeit des Schöffengerichts nur an, wenn die Übernahme nach Eröffnung des Hauptverfahrens auf die Privatklage erfolgt, bei Übernahme vor Erlaß des Eröffnungsbeschlusses sind sie für Wechsel der Zuständigkeit.

Als Begründung dieser Ansicht wird folgendes angeführt:

1. Es ergebe sich aus dem Wortlaut, daß das Verfahren lediglich durch die Staatsanwaltschaft fortgesetzt werden könne, daher sei es nicht angängig, die Sache dem einmal zuständigen Gericht zu entziehen. (So Bennecke S. 633; Kahl a. a. O.; Stenglein Ziff. 9 zu § 27 GVG.; Jonas S. 11; v. Kries S. 729; Hamm a. a. O.;

---

[1]) Wo diese Ansicht vertreten ist, ergibt sich aus der Aufzählung auf S. 30 Anm. 9 und aus der unten nachfolgenden näheren Angabe der Gründe.

v. Bomhard; Brückmann a. a. O.; Binding, Progr. S. 32.)

2. Da die §§ 429, 270 StPO. eine Änderung der Tat verlangten, eine solche aber nicht vorliege, die beiden Paragraphen also nicht anwendbar seien, so sei keine Möglichkeit der Überleitung gegeben, die Zuständigkeit des Schöffengerichts müsse daher bestehen bleiben. (So v. Schwarze S. 40; v. Kujawa S. 15; Breith a. a. O.)

3. Weil einmal ein Eröffnungsbeschluß erlassen sei, so sei dadurch die Zuständigkeit festgelegt. (So Oetker S. 303; Birkmann S. 615; v. Kujawa S. 25; Dittmann S. 301 B; Löwe a. a. O.; Wolffing a. a. O.)

4. Da auf eine Privatklage eröffnet sei, so liege immer noch ein Fall der Privatklage vor, und daher sei das Schöffengericht nach § 27 Ziff. 3 GVG. zuständig. (So Hamm; v. Kujawa S. 18 f.)

Gegen diese Gründe sprechen folgende Erwägungen:

1. M. E. ergibt sich aus § 27 Ziff. 3 GVG., daß im Falle der Übernahme sich die Zuständigkeit ändern muß.

Wenn dieser Paragraph sagt, daß das Schöffengericht dann zuständig sei, „wenn" die Verfolgung im Wege der Privatklage erfolgt, so soll das heißen, daß hier die Zuständigkeit nur „so lange" dauern soll, als die Verfolgung im Wege der Privatklage geschieht. Auch für die Ziff. 4—7 desselben Paragraphen ist „wenn" gleich „so lange", wie sich aus § 28 GVG. ergibt. Denn dieser bestimmt, daß das Schöffengericht unzuständig werden solle, wenn sich ein höherer Schaden oder Wert herausstelle,

d. h. also, das Schöffengericht bleibt nur so lange zuständig, als der Wert usw. in der Zuständigkeitsgrenze bleibt.[2])

v. Kujawa (S. 18) führt hiergegen an, daß diese Auslegung nicht zutreffe, da sich ohne Zwang aus dem sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes etwas anderes ergebe, nämlich:

Das Gesetz meine, wenn es von „Verfolgung im Wege der Privatklage" spreche, die Stellung des Strafantrags mittels Privatklage.

Im Gegensatz zu dieser auf einen einzelnen Zeitpunkt beschränkten Stellung des Strafantrags in Form der Privatklage nenne das Gesetz das durch die Privatklage hervorgerufene Verfahren ein „Verfahren auf erhobene Privatklage" (§§ 417, 425) und den ganzen Rechtsstreit „Privatklagesache" (§ 424 Abs. 2). Hiernach ergebe der Wortgebrauch gerade bei der sedes materiae, daß der Gesetzgeber mit der Verfolgung im Wege der Privatklage lediglich die Stellung des Strafantrags mittels Privatklage bezeichne, und es liege deshalb um so weniger Grund vor, den Ausdruck außerhalb der sedes materiae anders auszulegen.

Im Gegensatz zu diesen auf den ersten Blick sehr überzeugend wirkenden Gründen nehme ich an, daß von einer Verfolgung im Wege der Privatklage doch nur dann

---

[2]) Diese Ansicht halte ich für die richtige, trotzdem sie Binding, GS. Bd. 72 S. 15, als eine „formalistisch-spitzfindige" bezeichnet, „die keinen methodischen Ausleger überzeugen könne".

die Rede sein kann, wenn wirklich durch Privatklage „in deren Wegen" verfolgt wird. Dies ist aber nicht mehr der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft verfolgt, denn diese kann eben nur „im Wege der öffentlichen Klage" verfolgen. Außerdem gibt der Umstand, daß die Ziff. 3 neben drei weiteren Bestimmungen in einem und demselben Paragraphen steht, in denen „wenn" unzweifelhaft gleich „so lange" ist, m. E. einen ausschlaggebenden Gegengrund gegen die Gründe v. Kujawas. Denn es läßt sich nicht ohne Zwang annehmen, daß der Gesetzgeber in ein und demselben Paragraphen ein und demselben Worte einen anderen Sinn beilegen wollte.[3]

Damit fällt auch die Ansicht Hamms, der annimmt, daß es sich stets um einen Fall der Privatklage handele, wenn auf eine solche eröffnet sei.

Man wird also anzunehmen haben, daß die Zuständigkeit des Schöffengerichtes aufzuhören hat, sobald die erst vom Privatkläger verfolgte Beleidigung vom Staatsanwalt weiter verfolgt wird, und zwar gilt dies, gleichgültig ob die Staatsanwaltschaft vor oder nach Eröffnung des Hauptverfahrens die Verfolgung übernimmt.

---

[3] Etwa daraus, daß § 27 Ziff. 3 eine Tautologie dahingehend enthält, daß er die auf Antrag zu verfolgenden Beleidigungen usw., wenn ihre Verfolgung im Wege der Privatklage geschieht, vor die Schöffengerichte verweist, obgleich nach § 414 nur auf Antrag zu verfolgende Beleidigungen usw. im Wege der Privatklage verfolgt werden können, auf eine Unzuverlässigkeit des § 27 überhaupt zu schließen, wie Kujawa tut, ist m. E. nicht angängig.

(Ebenso Dittmann für den Fall der Übernahme vor Eröffnung.) Für einen Zuständigkeitswechsel für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft vor Eröffnung des Hauptverfahrens die Verfolgung übernimmt, spricht ferner noch folgendes:

In diesem Falle kann ein Hauptverfahren nur auf eine öffentliche, nicht private Klage eröffnet werden, sei es daß die Staatsanwaltschaft die Privatklage zu der ihrigen und damit zu einer öffentlichen macht, oder daß sie eine neue Klage erhebt. Die Privatklage verliert die Kraft, zu einem Eröffnungsbeschluß zu führen. (Ebenso Oetker S. 301; Birkmeyer S. 615; Mamroth 6c zu § 27 Ziff. 3 GVG., 5a zu § 417 StPO.; dagegen Bennecke S. 578.) Für Eröffnung des Hauptverfahrens ist bei öffentlicher Klage aber nicht das Schöffengericht, sondern die Strafkammer bei den oben genannten Straftaten zuständig.

2. Der weiter angeführte Grund, daß durch den Eröffnungsbeschluß die Zuständigkeit einmal festgelegt sei, ist ebenfalls nicht zutreffend.

Der Hauptwert ward hier auf die Unanfechtbarkeit des Beschlusses gelegt (so Löwe). Dazu möchte ich aber folgendes bemerken: Wenn z. B. das Amtsgericht auf eine (irrtümlich) bei ihm eingereichte öffentliche Klage (irrtümlich) das Hauptverfahren eröffnet hätte, dann könnte dieser unanfechtbare Eröffnungsbeschluß m. E. doch nicht weiter führen, als daß das Verfahren entweder eingestellt oder die weitere Verhandlung dem Landgericht überwiesen

würde (ebenso RG. Bd. 10 S. 239), nicht aber, daß nun das Schöffengericht die Klage auch abzuurteilen habe. Dem Eröffnungsbeschluß darf man daher nicht eine solche Kraft zuschreiben, daß nun als Folge seiner Unanfechtbarkeit Zuständigkeiten begründet werden könnten, die im Widerspruch mit dem Gesetz ständen. (RG. a. a. O.)

3. Auch damit, daß nun mit dem Eröffnungsbeschluß das Prozeßrechtsverhältnis endgültig begründet sei, wie Oetker und Birkmeyer meinen, läßt sich m. E. diese Ansicht nicht begründen. Es ergibt sich dies m. E. aus § 270 StPO., der erweist, daß das Prozeßrechtsverhältnis sich sehr wohl ohne Sachentscheidung ändern kann, wenn eine Prozeßvoraussetzung fehlt und ihr Fehlen sich nachträglich herausstellt.

4. Daß schließlich, weil die §§ 270 u. 429 nicht anwendbar seien, die Zuständigkeit bestehen bleiben müsse, ist an und für sich richtig, aber vorliegendenfalls auch nicht zutreffend, weil, wie unten (§ 4) dargelegt werden wird, § 270 sehr wohl anwendbar ist. Ganz allgemein spricht aber noch gegen diese Gründe, daß die Strafprozeßordnung selbst die Unerschütterlichkeit der Zuständigkeit nicht will.

Wenn die Strafprozeßordnung diesen Grundsatz hätte statuieren wollen, dann wäre § 28 GVG. nicht erforderlich gewesen. (Ebenso Voitus S. 131.) Dasselbe ergibt sich argumento e contrario aus § 269 StPO. und § 28 GVG. (Ebenso Grohmann S. 204.) Es hätten im Gegenteil die Fälle der Änderung der Zuständigkeit festgelegt werden

müssen, wenn das Prinzip der Unerschütterlichkeit gelten sollte. Dieses Prinzip will aber die Strafprozeßordnung nach dem obigen nicht als allgemein, sondern nur für zwei bestimmte Fälle festlegen.

Schließlich führt diese Ansicht auch zu einer Konsequenz, die erkennen läßt, daß sie nicht dem Gesetze entsprechen dürfte. Der Staatsanwalt hätte es jetzt in der Hand, sich z. B. bei Beleidigungen drei Instanzen zu schaffen, während prinzipiell nur zwei Instanzen gegeben sind, woran die Überweisungsmöglichkeit nichts ändert. Er brauchte also bei Beleidigungen gar nicht mehr abzuwarten, ob die Strafkammer seinem Überweisungsantrage entspreche oder nicht, was ja in ihrem freien Belieben steht. Er brauchte nur, um sich drei Instanzen zu schaffen, den Antragsteller auf den Weg der Privatklage zu verweisen, die dieser dann in den weitaus meisten Fällen erheben wird, und nach Erhebung der Privatklage die Verfolgung zu übernehmen.

Es mag ja zugegeben werden, daß dies Verfahren nicht in allen, aber doch in den allermeisten Fällen möglich ist, in denen dann § 75 Ziff. 4 überflüssig wäre. Ich glaube, diese Konsequenz dürfte wohl nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen.

Daher wird man sich m. E. für Änderung der Zuständigkeit zu entscheiden haben, trotzdem dies Binding (Progr. S. 13) als ein schwer begreifliches Mißverständnis bezeichnet. Das Schöffengericht wird also nach Eingang der Übernahmeerklärung für die weitere Verhandlung als

erstinstanzliches Gericht unzuständig, und die Zuständigkeit der Strafkammer tritt nach § 73 Ziff. 1 GVG. für die Weiterverhandlung ein.[4])

Auf eine Widerlegung der Ansicht, es müsse nun, da es sich nach dem Wortlaute des § 417 nur um eine Fortsetzung des Verfahrens handeln könne, die Zuständigkeit auch weiter bestehen bleiben, brauche ich hier nicht einzugehen. Sie ergibt sich aus der gesamten Ausführung, besonders daraus, daß bei Anwendung des § 270 StPO. (vgl. unten § 4) das Verfahren vor der Strafkammer lediglich eine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Schöffengericht ist.[5]) —

Wir wenden uns nunmehr der Frage zu, ob auch in zweiter Instanz eine Änderung der Zuständigkeit eintritt oder nicht. Nach Ansicht von Kahl, Hamm, Brückmann, v. Bomhard, Binding, v. Kries, Löwe, Dochow (S. 24), Neumann, Kronecker, Wach und

---

[4]) Gegen Anwendung dieses Paragraphen ist Binding, GS. Bd. 72 S. 12. Er meint, daß sich diese Zuständigkeitsbestimmung nur auf Fälle bezöge, in denen von vornherein öffentliche Klage erhoben sei. Warum sich dies nicht auf Fälle beziehen soll, in denen die Klage erst später zur öffentlichen wird, ist nicht erfindlich, denn von jetzt ab erfolgt doch die Verfolgung im Wege der öffentlichen Klage.

[5]) Für unbegründet halte ich die Ansicht des LG. Nürnberg (Seuffert 1908 Nr. 13 S. 577), daß die Zuständigkeit nur dann bestehen bleiben lassen will, wenn es sich um überweisungsfähige Delikte handele, also nicht z. B. bei bayerischen Preßdelikten, für die das Schwurgericht zuständig ist (§ 6 EG. z. GVG.). Auf die Überweisungsfähigkeit kommt es nicht an.

Frank (im Hamburgischen Korrespondenten), Mamroth (6c zu § 27 Ziff. 3 GVG., 5a zu § 417 StPO.) ist die Berufungsstrafkammer stets, auch wenn die Übernahme in erster Instanz erfolgte, mit drei Mitgliedern zu besetzen, während Stenglein dies nur fordert, wenn die Staatsanwaltschaft durch Einlegung der Berufung gegen das im Privatklageverfahren ergangene Urteil des Schöffengerichts die Verfolgung übernimmt oder in der Berufungsinstanz die Übernahme erklärt.

Diese Ansicht halte ich nicht für zutreffend.

Die Regel für die Besetzung der Berufungsstrafkammer gibt § 77 GVG.: fünf Mitglieder. Nur eine „strikt zu interpretierende" Ausnahme von dieser Regel (Voitus) läßt § 77 zu, nämlich die Besetzung mit drei Mitgliedern für die „Fälle der Privatklage". Es besteht also für die Berufungsinstanz ein Unterschied, ob die Verfolgung im Wege der Privatklage erfolgt ist oder ob ein Fall der Privatklage vorliegt. Letzteres entscheidet sich nicht danach, ob ursprünglich Privatklage erhoben war (Löwe, Hamm) oder ob das Urteil im Privatklageverfahren ergangen ist (Stenglein), sondern nur danach, ob zur Zeit der Aburteilung noch ein Fall der Privatklage vorliegt. Hat die Staatsanwaltschaft vor Erlaß des Urteils zweiter Instanz die Verfolgung übernommen und vor dem Schöffengericht — bei Körperverletzungen — verhandelt, so ist die Privatklage als solche weggefallen, d. h. zur öffentlichen geworden (vgl. Oetker S. 299 ff.), es liegt also in diesem Falle, wie auch dann, wenn sie nach Erlaß des Urteils die

Übernahme durch Einlegung der Berufung oder in der Berufungsinstanz erklärt hat, nach dieser Erklärung kein „Fall der Privatklage" mehr vor, denn zur Aburteilung steht jetzt ein Fall der öffentlichen Klage. Es tritt die Regel des § 77 ein, d. h. die Strafkammer hat in einer Besetzung von fünf Mitgliedern das Urteil zu fällen. (Vgl. v. Kujawa S. 23.) Wenn also die Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Schöffengerichts Berufung einlegt und diese an die mit drei Mitgliedern besetzte Strafkammer gelangt, und ebenso wenn die Staatsanwaltschaft in der Berufungsinstanz übernimmt, dann wird die dreigliedrige Strafkammer für die Weiterverhandlung unzuständig.

Der von Hamm für die Zuständigkeit der dreigliedrigen Strafkammer angeführte Grund, daß der gesetzgeberische Grund für die geringere Besetzung der Strafkammer der sei, daß es sich bei Privatklagen wie bei Übertretungen um geringfügige Sachen handele, kann nicht mehr ausschlaggebend sein, wenn die Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse die Verfolgung übernimmt.

Gerade in diesem Falle möchte ich das Gegenteil annehmen; denn ich glaube daraus, daß das Gesetz für Beleidigungen, wenn sie im öffentlichen Interesse von der Staatsanwaltschaft verfolgt werden, als erste Instanz die Strafkammern und als zweite Instanz das Reichsgericht für zuständig erklärt, ergibt sich, daß es sich in diesen Fällen, denen derjenige der Übernahme der Verfolgung gleichsteht, nicht mehr um geringfügige Sachen handelt.

Dasselbe möchte ich annehmen bei Übernahme der Verfolgung bei Körperverletzungen. Gerade daraus, daß die Staatsanwaltschaft jetzt ein öffentliches, also ein über das private hinausgehendes Interesse für vorliegend erachtet, folgt, daß die Sache jetzt aus einer ursprünglich vielleicht geringfügigen eine jetzt die Öffentlichkeit interessierende, also weit bedeutendere geworden ist.

Der Grund Kahls, Bindings und v. Kries', es ergebe sich aus § 417, daß lediglich eine Fortsetzung des Verfahrens stattfinden dürfe, und deshalb müsse die Zuständigkeit bestehen bleiben, ist deshalb zu verwerfen, weil die aus diesem dem § 417 ja tatsächlich innewohnenden Sinne gezogene Folgerung den gesetzlichen Bestimmungen widerspricht.

Daher wird man auch in der Berufungsinstanz eine Änderung der Zuständigkeit anzunehmen haben.[6] —

Die mit fünf Mitgliedern besetzte Strafkammer hat als Berufungsinstanz zu entscheiden, nicht etwa nach Einstellung durch die dreigliedrige Strafkammer als erste Instanz. (So Löwe a. a. O. und Dittmann a. a. O. C; vgl. hierzu auch unten § 4.) Denn ein gültiges erstinstanzliches Urteil liegt bereits vor (vgl. Elsas, v. Liszt in NatZtg.).

---

[6]) Ebenfalls für unbedingte Änderung der Zuständigkeit sind Grohmann S. 204; Ullmann S. 119; Thilo S. 61; Voitus S. 131; OLG. Dresden (Annalen Bd. 20 S 3); Finger, DJZ. 19.)8 Nr. 12 S. 666; Entwurf einer StPO. 1908 § 394; Rintelen S. 175; Hauck, GVG. S. 24. Ausdrücklich für fünfgliedrige Besetzung v. Schwarze in v. H. H. Bd. 2 S. 550; v. Liszt in Nationalzeitung.

Dafür, daß die Strafkammer als Berufungsinstanz nicht als erste Instanz zu entscheiden hat, spricht ferner m. E. der in einer Übernahme der Verfolgung liegende tiefere Sinn.

Welches ist nun dieser? M. E. sagt die Staatsanwaltschaft damit, daß sie vor oder nach Eröffnung des Hauptverfahrens, aber vor Erlaß des erstinstanzlichen Urteils die Verfolgung übernimmt, das Verfahren vor dem Schöffengericht genüge ihr nicht mehr für die Aburteilung der nun größere Bedeutung habenden Beleidigung. Daher die Notwendigkeit der Unzuständigkeit des Schöffengerichts.

Wenn dagegen die Staatsanwaltschaft durch Einlegung des Rechtsmittels oder in der Rechtsmittelinstanz die Übernahme erklärt, dann sagt sie damit: das bisherige Verfahren will ich gegen mich gelten lassen, ich muß es ja auch, da ein Urteil nicht ohne weiteres aus der Welt zu schaffen ist und ich nun, da ich mich in meiner ursprünglichen Annahme, daß kein öffentliches Interesse vorliege, getäuscht habe, bei jetzt besserer Erkenntnis nur in die prozessuale Lage, wie sie ist, eintreten kann. Es soll also das Urteil erster Instanz jetzt so dastehen, als ob es gegen mich im öffentlichen Klageverfahren ergangen wäre, bei Beleidigungen also gewissermaßen ein Fall der Überweisung vorgelegen hätte. Man muß hier also der Übernahmeerklärung eine rückwirkende Kraft zusprechen, die bewirkt, daß das im Privatklageverfahren ergangene Urteil die Stellung eines auf Grund ursprünglicher

Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft ergangenen Urteils erhält.

Dies hat zur Folge, daß die Regel des § 77 GVG. eintritt und die fünfgliedrige Strafkammer als Berufungsgericht zuständig wird.

Ebenso wird man bei Übernahme in der Revisionsinstanz zu entscheiden haben. Das Berufungsurteil der Strafkammer wird dann zum „öffentlichen Berufungsurteil“. Das Oberlandesgericht, das nach § 123 Ziff. 2 GVG. auch als Revisionsinstanz gegen solche Urteile zuständig ist, bleibt jedoch für das weitere Verfahren zuständig. Damit zerstreut sich auch das Bedenken Bindings (Progr. S. 14), daß ein Unzuständigwerden nicht zulässig sei, weil eine Überweisungsmöglichkeit vom Oberlandesgericht an das Reichsgericht nicht gegeben sei.

Wir kommen also zu dem Resultat, daß die Vorschriften der Strafprozeßordnung auch hier Anwendung finden, nach denen für die Aburteilung von Beleidigungen im öffentlichen Klageverfahren die Strafkammern zuständig sind, so daß nach Übernahme der Verfolgung die Schöffengerichte für die weitere Verhandlung nicht mehr zuständig bleiben können und daß ferner für die Entscheidung in der Berufungsinstanz die dreigliedrigen Strafkammern unzuständig und die fünfgliedrigen zuständig werden, während für die Revisionsinstanz das Oberlandesgericht zuständig bleibt. —

Außer dieser eben erörterten Folge hat die Übernahme der Verfolgung noch die weitere, daß von nun

ab in der Berufungsinstanz nicht mehr § 244 Abs. 2, sondern § 244 Abs. 1 in Anwendung kommt.

Die von Kahl und Hamm vertretene gegenteilige Ansicht, die sie aus den auch für Besetzung der Berufungsinstanz mit drei Mitgliedern angeführten Gründen herleiten, ist erstlich wegen der Unhaltbarkeit dieser Gründe, besonders weil kein Fall der Privatklage mehr vorliegt, unzutreffend, ferner steht sie auch im Widerspruche mit der Stellung der Staatsanwaltschaft und dem Zweck der Bestimmung des § 244 Abs. 2 StPO.

Wenn man auch dem Staatsanwalt nicht die Macht einräumen darf, die das Reichsgericht ihm gibt, so darf man aber auch nicht in das Gegenteil verfallen und ihn in eine Stellung drängen, die, wie Posener a. a. O. richtig ausführt, ihm Fesseln anlegt, wie sie einem Organ des Staates nicht angelegt werden dürfen, nämlich in die Stellung des Privatklägers. Denn einem solchen steht er völlig gleich, wenn das Gericht ihm gegenüber das Recht hat, die Beweisaufnahme zu beschränken. Dies widerspricht dem Zweck der Staatsanwaltschaft, im öffentlichen Interesse und als öffentlicher Ankläger (§ 152 StPO.) die Straftaten zu verfolgen und aufzuklären, wobei sie selbst die Grenzen einzuhalten wissen wird, in denen sie sich bei Benutzung der Beweismittel zu halten hat. Weil man letzteres bei einem Privatkläger nicht voraussetzen durfte, war eine Bestimmung notwendig, die die Möglichkeit gab, die Einhaltung der gebotenen Grenzen durch eine Stelle bestimmen zu lassen, die gleich

der Staatsanwaltschaft ermessen konnte, wie weit diese zu ziehen sind. Dies ist m. E. der Zweck des § 244 Abs. 2 StPO. Dem widerstreitet aber das von Kahl und Hamm geforderte Verfahren.

Schließlich widerspricht dieses Verfahren aber auch dem Grundsatz: in dubio pro reo, der sich in übertragenem Sinne auf diesen Fall anwenden läßt, obgleich er sonst nur für Beweis oder Nichtbeweis anwendbar ist. Das Privatklageverfahren, wie auch das Verfahren auf öffentliche Klage haben beide je einen Nachteil für den Angeklagten. Im öffentlichen Verfahren hat der Staatsanwalt im Nebenkläger einen Zeugen, der naturgemäß sehr zu seinen eigenen Gunsten, also gegen den Angeklagten, aussagen wird, im Privatklageverfahren hat das Gericht durch das Recht der Beschränkung der Beweisaufnahme es in der Hand, den Angeklagten zu hindern, zu seinen Gunsten Beweismittel herbeizubringen. Das von Kahl usw. gebilligte „staatsanwaltschaftliche Privatklageverfahren“ vereinigt infolge seiner Mischung von öffentlichem und privatem Verfahren beide Nachteile in sich. Man würde also bei Entscheidung dieser Zweifelsfrage im Sinne von Kahl und Hamm sehr zuungunsten der Angeklagten entscheiden.

Es dürfte wohl auch nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben, den Angeklagten nur deshalb ungünstiger zu stellen, weil die Staatsanwaltschaft jetzt zu der Ansicht kommt, daß ein öffentliches Interesse an der Verfolgung vorliegt (vgl. hierzu Elsas in Frankf. Ztg.; Pagenstecher im Recht 1907 S. 1523 ff.).

§ 4.

Form der Überleitung an das zuständige Gericht.

Der Eintritt der Unzuständigkeit des Schöffengerichts bezw. der Strafkammer bedingt eine Überleitung an das nunmehr zuständige Gericht.

Für die Untersuchung, in welcher Form die Überleitung zu erfolgen habe, wird es sich empfehlen, die verschiedenen Stadien des Verfahrens, nämlich dasjenige vor Eröffnung des Hauptverfahrens, nach dieser aber vor Erlaß des erstinstanzlichen Urteils und schließlich nach Erlaß des Urteils, einzeln vorzunehmen.

1. Wenn der Staatsanwalt vor Eröffnung des Hauptverfahrens die Verfolgung übernimmt, so kann er, wie erwähnt, sowohl die Privatklage zu seiner eigenen machen, als auch eine öffentliche Klage erheben. (Rintelen S. 175.)

Wenn er die Privatklage zu der seinigen macht oder zugleich mit der Übernahmeerklärung öffentliche Klage einreicht, dann hat m. E. der Amtsrichter gemäß §§ 423, 207 Abs. 2 StPO. zu verfahren. Denn die Privatklage wird durch die Aneignung zu einer öffentlichen, sie bleibt aber immer noch eine bei dem Amtsgericht eingereichte Klage. Das Amtsgericht kann aber auf eine öffentliche Klage wegen Beleidigung nicht das Hauptverfahren eröffnen, da die Aburteilung von von der Staatsanwalt-

schaft verfolgten Beleidigungen nicht zu seiner Zuständigkeit gehört.

Die Anklage betrifft dann also eine nicht zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehörige Sache. Demnach liegen die Merkmale des § 207 Abs. 2 StPO. vor und der Amtsrichter hat die Akten durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft dem Landgericht zur Entscheidung vorzulegen. (Ebenso Dittmann a. a. O. S. 298, der allerdings nur analoge Anwendung des § 207 für zulässig hält; Rintelen S. 166, 175, 192; Grohmann S. 209 ff.)

Der Unterschied, den Grohmann a. a. O. S. 208 ff. macht, ob Amtsrichter und Staatsanwalt übereinstimmend der Ansicht sind, daß es sich um ein Delikt aus § 185 StGB. handle oder nicht, in welch letzterem Falle der Amtsrichter, da er durch die Erklärung des Staatsanwalts verhindert sei, überhaupt einzustellen, seinem Beschlusse eine auf diese Rechtslage hinweisende Erklärung anzufügen habe, ist m. E. überflüssig; denn es bleibt sich gleich, ob diese Erklärung sich bei dem Beschlusse befindet oder nicht, sie hat keinerlei Wirkung. (Ebenso Dittmann a. a. O. Anm. 4 zu A.)

Für den Fall, daß der Staatsanwalt die Verfolgung übernimmt, ohne die Privatklage sich anzueignen oder neue Klage mit einzureichen, liegt in der Übernahmeerklärung nur die Ankündigung einer neuen Klage, noch nicht die definitive Übernahme. Die Privatklage ist dann so lange in der Schwebe, bis die öffentliche Klage oder ein Rücktritt von der Verfolgung erfolgt. Erfolgt letzterer,

so geht das Klagerecht auf den Privatkläger zurück (oben S. 11) und der Amtsrichter hat dann auf die Privatklage weiter zu verfügen.

Erhebt dagegen der Staatsanwalt die angekündigte Klage, was m. E. nur bei dem Amtsgericht als dem Gerichte, dem die Ankündigung zugegangen ist, geschehen kann,[1]) so wird die Übernahme definitiv und es tritt dann der Zustand ein, als ob zugleich mit der Übernahmeerklärung die öffentliche Klage erhoben worden sei, d. h. der Amtsrichter hat jetzt nach § 207 zu verfahren.[2])

Oetker a. a. O., Wolffing S. 13, Breith S. 62, Binding a. a. O., Vollert a. a. O. u. a. wollen bei Übernahme der Verfolgung vor Eröffnung des Hauptverfahrens Einstellung des Privatklageverfahrens und Erhebung einer neuen öffentlichen Klage, weil erst mit Eröffnung des Hauptverfahrens das Prozeßrechtsverhältnis begründet sei. Letzteres ist zutreffend, aber gegen diese Ansicht sprechen m. E. praktische Gründe. Warum soll denn die Staatsanwaltschaft gezwungen sein, eine neue Klage zu erheben, wenn schon eine brauchbare Klage vor-

---

[1]) Würde die Klage bei dem Landgericht erhoben, so müßte dieses sie wegen Litispendenz zurückweisen.

[2]) Binding, GS. Bd. 72 S. 14 will nicht § 207 angewandt wissen, sondern verlangt, daß der Amtsrichter nach § 6 die Klage zurückweise. Dies wäre erstlich unpraktisch, weil zeitraubend, und ferner wohl auch nach den obigen Ausführungen wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 207 nicht angängig.

liegt und der § 207 StPO. eine sehr bequeme Möglichkeit der Überleitung bietet? Daß die Staatsanwaltschaft eine neue Klage event. nach Vorermittlungen erheben kann, ist oben dargelegt und auch vorstehend auf die Behandlung eines solchen Falles hingewiesen. Aber die Staatsanwaltschaft aus rein theoretischen Gründen zu einem unpraktischen Verfahren zu nötigen, geht m. E. nicht an.

2. Für den Fall, daß die Übernahme nach Eröffnung des Hauptverfahrens, aber vor Erlaß des Urteils erfolgt, wird man, da § 429 StPO. nicht anwendbar ist (vgl. oben S. 26 ff.), nach einer Form der Überleitung suchen müssen, welche sich darauf beschränkt, den Übergang auf ein anderes Gericht zu vermitteln unter Aufrechterhaltung der Kontinuität des Verfahrens. (Ebenso Grohmann S. 218.)

Und ich glaube, dieses Ziel erreicht man nur durch Anwendung des § 270 StPO. (Ebenso Binding, Progr. S. 22; Finger, DJZ. 1908 Nr. 12 S. 666.) Daß dieser anwendbar ist, wird sich aus dem Folgenden ergeben. Das Reichsgericht und die anderen Vertreter der Ansicht, daß § 429 anzuwenden sei, sowie auch die Vertreter der Ansicht, daß, weil weder § 270 noch § 429 Anwendung finden könne, die Zuständigkeit des Schöffengerichts fortbestehen bleiben müsse, haben m. E. der Bestimmung des § 270 eine nicht ganz richtige Auslegung gegeben. Sie gründen ihre Ansicht darauf, daß § 270 nur bei einer materiellen Änderung der Straftat in Anwendung kommen

könne (vgl. z. B. Stenglein Note 1 zu § 429; Keller S. 459).[3])

Es mag zugegeben werden, daß es sich in den meisten Anwendungsfällen des § 270 um eine materielle Änderung handelt, aber bei den Fällen der Beleidigung sind andere Gesichtspunkte maßgebend.

Das Gesetz unterscheidet zwei Gruppen von Beleidigungen nach der Person des Anklägers, nämlich solche, die im Wege der Privatklage verfolgt werden, und solche, die der Staatsanwalt im öffentlichen Interesse verfolgt (vgl. Finger a. a. O.), wobei es sich um materiell genau dieselbe Tat handeln kann. Wenn dann eine ursprünglich im Wege der Privatklage verfolgte Beleidigung durch Übernahme der Verfolgung jetzt im öffentlichen Interesse

[3]) Die Ansicht Herrmanns in DJZ. 1908 Nr. 14 S. 809, daß § 270 deshalb nicht in Anwendung kommen könne, weil § 429 die allein für Privatklagefälle zutreffende Bestimmung sei, ist m. E. nicht zutreffend. § 429 setzt materielle Änderung zweifellos voraus, er trifft nicht die Fälle des § 417. Darnach besteht also für diesen Fall in dem Abschnitt über die Privatklage keine Bestimmung. Es muß also eine nach § 429 zulässige Ergänzung aus dem Abschnitt über das öffentliche Verfahren stattfinden. Daher die Zulässigkeit der Heranziehung des § 270. (Ebenso Grohmann S. 217.) Die fernere Ansicht Herrmanns, daß eine Überweisung nach § 270 nur im Offizialverfahren zulässig sei, daß dem Privatklagegericht nicht gestattet sein solle, die Sache in ein Verfahren anderer Art überzuleiten (RG. Bd. 23 S. 416), ist m. E. nicht zutreffend und durch die obigen Ausführungen gegen die Ansicht des Reichsgerichts von der Minderwertigkeit des Privatklageverfahrens widerlegt.

von der Staatsanwaltschaft verfolgt wird, dann geht sie zu der zweiten Gruppe über. Da nun für die Aburteilung dieser Gruppe von Beleidigungen nicht mehr das Schöffengericht, sondern die Strafkammer zuständig ist, so stellt sich die ursprünglich zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehörige Beleidigung jetzt als eine solche dar, die die Zuständigkeit des Schöffengerichts überschreitet.

Demnach liegen bei Beleidigungen im Falle des § 417 Abs. 2 StPO. die Vorbedingungen für die Anwendung des § 270 ohne Rücksicht auf die materielle Beschaffenheit des Delikts vor, der dann Anwendung auf alle Stadien des Verfahrens zwischen Eröffnung des Hauptverfahrens und Urteilserlaß findet. (Ebenso Thilo Bd. 61 S. 16; ihm sich anschließend Voitus S. 131; Grohmann S. 214 ff.; Finger a. a. O.; dagegen Dittmann a. a. O.; Kade S. 11 und die oben Genannten.) Auch für den Fall, daß vor Eintritt in die Hauptverhandlung die Übernahmeerklärung erfolgt.[4])

Es gibt zwar keine direkte Bestimmung für diesen Fall, da er eine Verhandlung voraussetzt, aber eine analoge Anwendung dürfte wohl zulässig sein. Denn man wird annehmen können, daß diejenige Bestimmung, die den Fall trifft, daß sich erst nach Verhandlung die Unzuständigkeit herausstellt, noch mit viel mehr Recht angewandt werden kann in dem Falle, daß sich schon vor

---

[4]) § 207 kann keine Anwendung finden, da er voraussetzt, daß noch kein Eröffnungsbeschluß ergangen ist.

der Verhandlung dieser Grund herausstellt. (Ebenso Grohmann a. a. O.)

Die Unterscheidung Grohmanns, ob beispielsweise Staatsanwalt und Amtsrichter derselben Ansicht über die rechtliche Qualifikation des Delikts sind (S. 232 ff.), ob ferner beispielsweise das Schöffengericht während oder nach der Beweisaufnahme die Überzeugung gewinnt, daß es sich um eine ganz andere Tat als die im Eröffnungsbeschlusse genannte handele usw., auf Grund welcher er auch einmal zur Anwendung von § 429 kommt, ist m. E. unzulässig. Dies ergibt sich aus folgendem:

Die Hauptverhandlung ist eröffnet auf eine Privatklage wegen Beleidigung. Wenn nun das Schöffengericht zu der Ansicht kommt, daß es sich um eine Tat handelt, auf die das Privatklageverfahren keine Anwendung findet, dann hat allerdings in der Regel eine Einstellung nach § 429 zu erfolgen. Dieses Verfahren wird aber durch die staatsanwaltschaftliche Übernahmeerklärung unmöglich gemacht. Das Schöffengericht hat nach allgemeinem Grundsatz, sowie die Erklärung erfolgt und damit seine Unzuständigkeit eintritt, sich jeder endgültigen Sachentscheidung zu enthalten und in unserem Falle nur nach § 270 zu verfahren. Dem Landgerichte steht dann allein die Sachentscheidung zu. Es braucht daher auf die einzelnen Unterscheidungen Grohmanns hier nicht näher eingegangen zu werden.[5]) — Die Überweisung hat an die

[5]) Stenglein Note 1 zu § 429 und OLG. Dresden (Annalen Bd. 20 S. 4) wollen, trotzdem sie für eine Fortsetzung des Verfahrens

Strafkammer als an das nach § 73 GVG. für die von der Staatsanwaltschaft verfolgten Beleidigungen zuständige Gericht zu erfolgen, u. zw. in der Regel durch das Schöffengericht, im Falle der Übernahme vor der Hauptverhandlung durch den Amtsrichter (§ 30 Ziff. 2 GVG.). (Ebenso Grohmann S. 209ff.) —

Daß die Strafkammer die Sache auf Antrag der Staatswaltschaft an das Schöffengericht überweisen könne, möchte ich annehmen. Der Ansicht v. Kujawas (S. 13), daß dieser Annahme die Bestimmung des § 75 GVG. entgegenstehe, indem die Strafkammer nur bei Eröffnung des Hauptverfahrens die Verhandlung an das Schöffengericht verweisen könne, möchte ich entgegenhalten, daß der Überweisungsbeschluß des Schöffengerichts gemäß § 270 Ziff. 2 als Eröffnungsbeschluß für die Hauptverhandlung vor dem zuständigen Gericht anzusehen ist, daß also der Augenblick der Überweisung dem Augenblicke bei Eröffnung des Hauptverfahrens gleichsteht.

3. Wenn die Übernahme der Verfolgung durch Einlegung der Berufung erfolgt und diese von dem Schöffengericht, bei dem sie nach § 355 StPO. einzulegen ist, an die mit drei Mitgliedern besetzte Strafkammer gelangt, dann hat diese m. E. in analoger Anwendung von § 207 Ziff. 2 StPO. die Akten durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft der zuständigen, also nach § 77 GVG.

eintreten, doch § 429 angewandt wissen. Diese Ansicht ist nicht zutreffend und steht im Widerspruch mit der geforderten Fortsetzung.

fünfgliedrigen Strafkammer vorzulegen. Es hat dann, wie Finger a. a. O. ausführt, „die Einlegung der Berufung nicht allein den Zweck einer Rüge des Privatklageurteils, sondern auch die materiellrechtliche Feststellung, daß jetzt das öffentliche Interesse tangiert sei“, daß also die Beleidigung jetzt zu der zweiten der obengenannten Gruppen gehöre. Kraft der rückwirkenden Kraft der Übernahmeerklärung ist dann die Berufung als eine gegen ein im öffentlichen Klageverfahren ergangenes Urteil gerichtete anzusehen. Für ihre Verhandlung ist die fünfgliedrige Strafkammer zuständig (§ 72 GVG.).

4. Wenn die Verfolgung erst im Laufe des Berufungsverfahrens übernommen wird, so kommt m. E. auch hier § 270 StPO. und zwar analog in Anwendung. Der einzige in dem Abschnitt über die Berufung enthaltene eine Überweisung infolge Unzuständigkeit betreffende § 369 Ziff. 3 kann m. E. nicht in Anwendung kommen. Erstlich liegen die Voraussetzungen dieses Paragraphen nicht vor, die dahin gehen, daß das Schöffengericht für die von ihm abgeurteilte Sache gar nicht zuständig war (vgl. Bennecke S. 578), denn im Falle der Übernahme war das Schöffengericht sehr wohl zuständig, ein Urteil im Privatklageverfahren zu erlassen. Ferner spricht aber auch gegen seine direkte wie analoge Anwendung die Konsequenz, daß dann ein gültig ergangenes Urteil einfach kassiert werden kann, denn die zuständige Strafkammer soll als erste Instanz entscheiden. (Derselben Ansicht Kade S. 12; Finger a. a. O.; für analoge Anwendung Dittmann Anm. 8 und anscheinend auch Voitus und Thilo.)

M. E. wird mit dem Augenblicke der Übernahme seitens der Staatsanwaltschaft in der Berufungsinstanz die Beleidigung infolge der rückwirkenden Kraft der Übernahmeerklärung zu einer solchen, die in erster Instanz mit öffentlicher Klage verfolgt vor das Schöffengericht verwiesen war, gegen dessen Urteil jetzt die Berufung sich richtet. Die „Sache" stellt sich von jetzt ab also als eine Berufung gegen ein im öffentlichen Klageverfahren ergangenes Urteil, mit andern Worten als eine solche dar, die die Zuständigkeit der dreigliedrigen Strafkammer überschreitet. Danach dürften auch hier die Voraussetzungen des § 270 vorliegen und seine analoge Anwendung damit gerechtfertigt sein. (Auch Binding, GS. Bd. 72 S. 13, hält diese analoge Anwendung für zulässig. A. A. Herrmann a. a. O., der aus § 363 Satz 2 schließt, daß das Berufungsgericht nun stets und nur durch Urteil über seine Unzuständigkeit entscheiden müsse. Dies ist m. E. durch obiges widerlegt.)

5. Bei Übernahme in der Revisionsinstanz, dem Oberlandesgericht, ist eine Überweisung nicht erforderlich, denn nach dem oben als Folge der rückwirkenden Kraft der Übernahmeerklärung Gesagten bleibt das Oberlandesgericht zuständig.

Wir kommen also zu dem Resultat, daß je nach dem Stadium des Verfahrens die Überleitung an das zuständige Gericht in der Form des § 207 oder der des § 270 StPO. zu erfolgen hat.

§ 5.

Kosten des übernommenen Verfahrens.

Nach meiner Ansicht können die Kosten des bisherigen Verfahrens bis zur Übernahme, weil dieses mit dem nun folgenden Verfahrensteil ein einheitliches Ganzes bildet, nur als Bestandteile der allgemeinen Kosten des Verfahrens angesehen werden, über die und damit also zugleich über die Kosten des Privatklageverfahrens nach den allgemeinen Regeln zu entscheiden ist (z. B. gemäß § 497 StPO.).

§ 6.

Einfluß der Übernahme der Hauptklage auf eine Widerklage.

Wie die Überschrift sagt, handelt es sich im folgenden um die Frage: Was wird aus einer Widerklage, wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung der Hauptklage übernimmt?

Die Entscheidung dieser Frage gilt zugleich für den Einfluß der Übernahme der Widerklage auf die Hauptklage. (Vgl. Kade S. 25; Jonas S. 36.)

Was in letzterem Falle aus der Widerklage wird, entscheidet sich nach den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen, denn die Widerklage ist, da sie nicht von der Staatsanwaltschaft erhoben werden kann, ebenfalls eine Privatklage.

Voraussetzung bei Lösung der oben gestellten Frage ist natürlich, daß die Widerklage vor der Übernahme der Verfolgung der Hauptklage erhoben war. Denn nach Übernahme ist die Privatklage zur öffentlichen geworden, und einer solchen gegenüber ist die Erhebung einer Widerklage ausgeschlossen (§ 428 StPO.). (Vgl. Kade S. 25; Lindemann in Goltdammer Bd. 51 S. 260 f.; RG. Bd. 29 S. 116; Löwe Note 4 zu § 437; Stenglein im GS. Bd. 35 S. 313 Anm.)

Da die hier zur Entscheidung stehende Frage ebensowenig wie die oben behandelte von der Strafprozeßordnung entschieden ist, gehen auch in dieser Beziehung die Ansichten sehr auseinander.

Unzweifelhaft und auch allgemein anerkannt ist, daß die Widerklage nicht durch die Übernahme der Hauptklage vernichtet wird, d. h. einzustellen ist. Denn wenn nach § 428 Abs. 3 StPO. nicht einmal die Zurücknahme der Hauptklage auf die Widerklage einen Einfluß haben soll, um wie viel weniger darf dies dann bei einer Fortsetzung derselben der Fall sein! (Vgl. RG. Bd. 2 S. 384.)[1]

[1]) Dasselbe ist m. E. anzunehmen, wenn man sich der Ansicht anschließt, daß die Privatklage nach Übernahme einzustellen sei, denn auch die nach Zurücknahme erfolgende Einstellung soll ja keinen Einfluß haben. Nur Wolffing (S. 14) und Breith (S. 62) wollen bei Übernahme der Privatklage vor Eröffnung des Hauptverfahrens auch die Widerklage eingestellt wissen, für den Fall der Übernahme der Widerklage aber die Hauptklage weitergehen lassen. Dies ist sicher eine Inkonsequenz, denn beide Klagen sind gleichberechtigt. Aber auch an sich ist die Ansicht nicht haltbar, wie aus dem Obigen sich ergibt.

Die Widerklage bleibt also bestehen. Über die Form dieser Fortexistenz sind folgende vier Ansichten vertreten:

1. Die Widerklage geht als solche neben der Hauptklage weiter. (Löwe Note 4 zu § 437; Glaser S. 25; Breith S. 68.)

2. Die Widerklage wird von der Hauptklage vollständig getrennt und geht als durchaus selbständige Privatklage bei dem Schöffengericht weiter. (RG. Bd. 2 S. 384 und in Seuffert Ergänzungsbd. 14 S. 366; Stenglein, GS. Bd. 35 S. 313 und im Komm. Note 8 zu § 428; Voitus Bd. 3 S. 130; v. Kries S. 737; Gerland, GS. Bd. 60 S. 162, Entwurf § 399 und S. 346.)

3. Die Übernahme der Privatklage erstreckt sich auch ohne besondere Erklärung auf die Widerklage, so daß die Sachlage ebenso ist, als ob die Staatsanwaltschaft beide Klagen übernommen hätte. (Prot. Bd. 1 S. 310; Puchelt Note 6 zu § 428.)

4. Die Widerklage wird zur selbständigen Privatklage, kann aber als zusammenhängende Sache mit der Hauptklage zur gemeinsamen Verhandlung verbunden werden. (Kade S. 25; Lindemann a. a. O. und in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1906 Nr. 19 S. 379 ff.; OLG. Kiel in Goltdammer Bd. 42 S. 430; Wolffing S. 14; Bennecke-Beling S. 644; Jonas S. 35. Letzterer hält die Verbindung beider Klagen für unausschließbar; vgl. unten.)

Die letzte Ansicht dürfte, abgesehen von der von Jonas vertretenen Variierung, die richtige sein.

Für die übrigen läßt sich aus dem Gesetze jedenfalls kein Grund finden.

1. Die erste von ihnen wird sogar durch den Wortlaut des Gesetzes direkt widerlegt. Denn nach § 428 Abs. 1 StPO. ist nur bei einer Privatklage die Erhebung einer Widerklage zulässig. Daraus folgt, daß das Gesetz das Entstehen und damit auch das Bestehenbleiben einer Widerklage bei einer öffentlichen Klage nicht will. Letzteres ist aber gerade die Folge der Ansicht Löwes.

2. Der vom Reichsgericht und den übrigen Vertretern der zweiten Ansicht angeführte Grund, § 428 Abs. 2 treffe jetzt nicht mehr zu, weil er ein echtes Privatklageverfahren voraussetze, während im Falle des § 417 nach der Übernahme nur ein Nebenklageverfahren vorhanden sei, daher sei die Möglichkeit einer gemeinsamen Verhandlung überhaupt ausgeschlossen, ist m. E. geeignet, die Ansicht von Jonas zu widerlegen, daß nun eine gemeinsame Verhandlung erfolgen müsse.[2] Aber die Möglichkeit einer Verbindung beider Klagen infolge Zusammenhangs, der ja schon bei äußerlicher Gegenseitigkeit gegeben ist und einen ursächlichen Konnex nicht voraussetzt (Löwe Note 2a zu § 428), also bei den Widerklagen wohl stets vorhanden sein wird, kann dieser Grund nicht ausschließen. Das ergibt sich aus § 2 StPO., der auf die Widerklage

[2]) Für diese Ansicht spricht auch nicht, daß nun gegen die zur selbständigen Privatklage gewordene Widerklage eine neue Widerklage zulässig ist (Gerland a. a. O.).

als echte Privatklage (vgl. Böckel in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1907 Nr. 4 S. 60 und die dort Angegebenen) ebenso Anwendung findet wie auf die ursprüngliche Privatklage. (Vgl. Löwe Note 10 zu § 428; Hamm im Recht Bd. 3 S. 25; Friedländer im GS. Bd. 60 S. 410 und die dort Angegebenen; Lindemann a. a. O.) Die Ansicht Löwes, des Reichsgerichts und die Besonderheit der Ansicht von Jonas sind also nicht zutreffend.

3. Ebenso unbegründet ist die Ansicht von Puchelt usw., daß sich die Übernahme der Hauptklage nun notwendigerweise auch auf die Widerklage erstrecken müsse. § 417 Abs. 2 spricht nur von der Übernahme der Verfolgung, nicht, wie es bei Beabsichtigung der von Puchelt gewollten Folge erforderlich gewesen wäre, von Übernahme der „Sache“. Man kann doch aber auch der Staatsanwaltschaft nicht zumuten, nun, weil ihr bezüglich der Hauptklage ein öffentliches Interesse vorzuliegen scheint, auch die Verfolgung der Widerklage betreiben zu müssen, für die gar kein öffentliches Interesse vorhanden ist. (Vgl. Jonas S. 35.) Im Gesetz findet diese Ansicht keine Stütze (Glaser Bd. 2 S. 25 Anm. 28), auch Zweckmäßigkeitsgründe sprechen nicht für sie, denn der Widerkläger hat selbst dann noch keinen Nachteil, wenn ihn die Übernahme der Verfolgung der Hauptklage durch die Staatsanwaltschaft zur Zurücknahme seiner Widerklage veranlaßt, das Recht der Kompensation nach § 198 StGB. bleibt ihm erhalten.

Es dürfte also die richtige Ansicht sein: Die Widerklage wird nach Übernahme der Hauptklage zur selbständigen Privatklage, sie kann auf Grund des Zusammenhangs gemäß § 2 StPO. zur gemeinsamen Verhandlung mit der Hauptklage vor das für letztere zuständige Gericht gezogen werden.

§ 7.

Gesamtresultat.

Das Privatklageverfahren verwandelt sich mit Übernahme der Verfolgung in ein öffentliches Klageverfahren und wird als solches an derselben Stelle fortgesetzt, an der es als Privatklageverfahren aufgehört hat. Der bisherige Privatkläger wird ipso jure ohne Anschlußerklärung zum Nebenkläger.

Bei Straftaten, für deren Aburteilung im Falle der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft ein anderes Gericht zuständig ist als für die Aburteilung bei Verfolgung im Wege der Privatklage, tritt mit Übernahme der Verfolgung Unzuständigkeit des bisher mit der Sache befaßten Gerichts ein. Die dadurch bedingte Überleitung an das zuständige Gericht hat in den Formen des § 207 bezw. § 270 StPO. je nach dem Stadium des Verfahrens zu erfolgen.

Die Kosten des übernommenen Verfahrens werden Bestandteile der allgemeinen Kosten.

Eine vor Übernahme der Hauptklage erhobene Widerklage wird zur selbständigen Privatklage, Verbindung mit der Hauptklage gemäß § 2 StPO. ist zulässig, aber nicht erforderlich.

Dasselbe gilt von der Hauptklage bei Übernahme der Widerklage.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.